

Vs.

Organización Terpel S.A.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
FGH S.A.S.
CONTRA
ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., quince (15) de septiembre de dos mil catorce (2014)

El Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir en derecho las controversias suscitadas entre **FGH S.A.S.** como parte convocante, y **ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.** como parte convocada, después de haberse surtido en su integridad todas las etapas procesales previstas en la Ley 1563 de 2012, profiere el presente laudo con el cual decide el conflicto planteado en la demanda arbitral y en su contestación, previos los siguientes antecedentes.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES

I. PARTES Y REPRESENTANTES

La parte convocante en este trámite arbitral es **FGH S.A.S.**, sociedad constituida mediante documento privado del 21 de junio de 2012, inscrito la Cámara de Comercio de Barranquilla, con domicilio principal en la ciudad de Barranquilla, representada legalmente por el señor **Fabián Antonio Gómez Herazo**, según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara

Vs.

Organización Terpel S.A.

de Comercio de Barranquilla¹. En el presente proceso arbitral, está representada judicialmente por el abogado **Gustavo Adolfo Cuello Iriarte**, de acuerdo con el poder visible a folio 22 del Cuaderno Principal No. 1 y a quien se le reconoció personería mediante auto No. 1 de fecha 27 de junio de 2013 (Acta No. 1)².

La parte demandada es **ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.**, sociedad comercial constituida mediante escritura pública No. 6038 del 21 de noviembre 2001 de la Notaría Sexta del Círculo de Bogotá, con domicilio principal en dicha ciudad, representada legalmente ante este Tribunal por el señor **Daniel Alfonso Perea Villa**, todo lo cual consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá³. En este trámite arbitral la parte demandada está representada judicialmente por el abogado **Ricardo Vélez Ochoa**, de acuerdo con el poder visible a folio 57 del Cuaderno Principal No. 1 y a quien se le reconoció personería mediante auto No. 1 de fecha 27 de junio de 2013 (Acta No. 1)⁴.

II. EL PACTO ARBITRAL

Tal como se indicó en la demanda⁵, el pacto arbitral que sirve de fuente al ejercicio jurisdiccional en el presente arbitraje, se halla en la Cláusula décima cuarta de la "Oferta Mercantil de Intermediación para la Venta de Capacidad de Transporte de Gas" de fecha 20 de agosto de 2012, que a la letra dispone:

"DÉCIMA CUARTA. SOLUCIÓN DE CONFLICTOS: Toda controversia o diferencia que surja entre las partes, relativa al negocio jurídico que surja con la aceptación de esta oferta y a su ejecución, cumplimiento, terminación, liquidación e interpretación, que no pueda ser arreglada entre las (sic) será resuelta por un Tribunal de Arbitramento que se sujetará al reglamento y tarifas del centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, de acuerdo con las siguientes reglas:

¹ Folios 24 y 25 del C. Principal No. 1.

² Folios 100 a 103 del C. Principal No. 1.

³ Folios 118 a 134 del C. Principal No. 2.

⁴ Folios 100 a 103 del C. Principal No. 1.

⁵⁵ Folio 3 del C. Principal No. 1.

Vs.

Organización Terpel S.A.

- a. *El Tribunal estará integrado por un árbitro que será designado por las partes de común acuerdo; Si al mes siguiente de la convocatoria del Tribunal, las partes no han designado árbitro, éste será nombrado por la Cámara de Comercio de Bogotá.*
- b. *Las diferencias serán resueltas por el Tribunal de Arbitramento que fallará en derecho, en consecuencia, el árbitro designado deberá ser abogado inscrito.*
- c. *El laudo arbitral será definitivo y vinculante para las partes, de tal forma que podrá hacerse efectivo su cumplimiento, ante la autoridad jurisdiccional competente.*
- d. *Los honorarios y expensas asociados con el arbitramento serán pagados por la parte que no fuere favorecida.*
- e. *Los honorarios y expensas asociados con la ejecución del laudo arbitral serán pagados por la parte contra la cual se falle el incumplimiento del SERVICIO.*
- f. *El tribunal funcionará en la ciudad de Bogotá.*⁶

III. CONVOCATORIA DEL TRIBUNAL Y ETAPA INTRODUCTORIA DEL PROCESO

La integración del Tribunal de Arbitramento se desarrolló de la siguiente manera:

- 3.1. Con fundamento en la Cláusula Compromisoria citada, el 7 de mayo de 2013 FGH SAS presentó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá la solicitud de convocatoria de un tribunal arbitral.
- 3.2. En audiencia celebrada el día 23 de mayo de 2013, las partes de común acuerdo designaron como árbitro único al doctor Jorge Pinzón Sánchez, quien aceptó su designación en la debida oportunidad, y cumplió el trámite dispuesto por los artículos 8 y 15 de la Ley 1563 de 2012⁷.

⁶ Folio 24, del C. de Pruebas No. 1.

⁷ Folios 56, 63 y ss del C. Principal No. 1.

3.3. El 27 de junio de 2013 se llevó a cabo la audiencia de instalación del Tribunal (Acta No. 1)⁸ en la que, mediante Auto No. 1, el Tribunal adoptó las siguientes decisiones:

- i. Se declaró legalmente instalado.
- ii. Designó como Secretaria a la doctora Gabriela Monroy Torres, quien aceptó la designación, dio cumplimiento a los requerimientos de los artículos 9 y 15 de la ley 1563 de 2012, y posteriormente tomó posesión de su cargo ante el Árbitro Único.
- iii. Fijó como lugar de funcionamiento y secretaría la sede Salitre del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.
- iv. Reconoció personería a los apoderados de las partes.

Adicionalmente, mediante Auto No. 2 admitió la demanda y ordenó notificar dicho auto admisorio a la parte demandada, con el correspondiente traslado por el término de 20 días, notificación que se surtió en la misma fecha, por intermedio del apoderado de la parte demandada, a quien se le hizo entrega de copia del auto admisorio, de la demanda y de sus anexos.

3.4. El 26 de julio de 2013 encontrándose dentro del término de ley, la parte demandada radicó ante el Tribunal la contestación de la demanda⁹, escrito en el que adicionalmente formuló objeción a la estimación del valor de las pretensiones de la demanda.

3.5. El Tribunal mediante Auto No. 3¹⁰ del 30 de julio de 2013, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 206 del CGP, concedió a la parte demandante el término de 5 días para pronunciarse sobre la objeción formulada por la parte demandada y adicionalmente, corrió traslado de las excepciones propuestas en la contestación de la demanda.

⁸ Folios 100 a 103 del C. Principal No. 1.

⁹ Folios 133 a 166 del C. Principal No. 1.

¹⁰ Folios 167 a 170 del C. Principal No. 1.

En escrito radicado el 8 de agosto de 2013¹¹, la parte demandante se pronunció sobre la objeción formulada y sobre las excepciones propuestas en la contestación de la demanda.

- 3.6. El 14 de agosto de 2013 la parte demandante radicó un escrito de reforma de la demanda¹², modificación que recayó sobre los hechos de la demanda inicial, a partir del hecho 52, la adición del hecho 62, el juramento estimatorio y el acápite de pruebas. Posteriormente, el 22 de agosto de 2013 radicó nuevamente el citado escrito de reforma de la demanda¹³, y adjuntó un CD que la contiene.
- 3.7. El Tribunal mediante Auto No. 4¹⁴ del 2 de septiembre de 2013, admitió la reforma de la demanda y ordenó correr traslado a la parte demandada por el término de 10 días, con entrega de copia de la misma y de sus respectivos anexos. La notificación personal del auto admisorio de la reforma de la demanda tuvo lugar el 10 de septiembre de 2013.
- 3.8. El 23 de septiembre de 2013, encontrándose dentro de la oportunidad legal, la parte demandada radicó su escrito de contestación a la demanda reformada¹⁵, escrito en el que adicionalmente formuló objeción a la estimación del valor de las pretensiones.
- 3.9. El Tribunal, mediante Auto No. 5 del 30 de septiembre de 2013, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 206 del CGP, concedió a la demandante el término de 5 días para que se pronunciara sobre la objeción formulada por la parte demandada y adicionalmente, corrió traslado de las excepciones propuestas en la contestación a la demanda reformada.

En escrito radicado el 8 de octubre de 2013¹⁶, la parte demandante se pronunció sobre la objeción formulada y sobre las excepciones propuestas en la contestación de la demanda, solicitando pruebas adicionales.

¹¹ Folios 173 a 178 del C. Principal No. 1.

¹² Folios 1 a 34 del C. Principal No. 2.

¹³ Folios 35 a 59 del C. Principal No. 2.

¹⁴ Folios 60 a 62 del C. Principal No. 2.

¹⁵ Folios 64 a 98 del C. Principal No. 2.

¹⁶ Folios 104 a 110 del C. Principal No. 2.

3.10. El 17 de octubre de 2013¹⁷, se llevó a cabo la audiencia de conciliación, oportunidad en la que no se logró acuerdo conciliatorio alguno. Ante el cierre de la etapa conciliatoria, el Tribunal fijó los montos de honorarios y gastos del proceso, sumas que, en su totalidad, fueron pagadas por las partes.

IV. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE, ETAPA PROBATORIA Y ALEGACIONES FINALES

4.1 Primera Audiencia de Trámite y Etapa probatoria

El 21 de noviembre de 2013 se dio inicio a la Primera Audiencia de Trámite, en la que se dio lectura al pacto arbitral y a las cuestiones sometidas a arbitraje, y adicionalmente, mediante Auto No. 8, el Tribunal se declaró competente para conocer y resolver, en derecho, el litigio sometido a su conocimiento. En esa misma fecha, siguiendo el trámite previsto en la Ley, mediante Auto No. 9 el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes.¹⁸

4.1.1. Pruebas Documentales

El Tribunal ordenó tener como pruebas documentales, con el mérito legal probatorio que a cada una correspondiera, los documentos aportados por las partes en las oportunidades procesales establecidas en la ley.

4.1.2. Testimonios y declaraciones de parte

En audiencias celebradas entre el 21 de enero y el 19 de marzo de 2014 se recibieron los testimonios y las declaraciones de parte de las personas que se indican a continuación. Las correspondientes transcripciones fueron entregadas por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y se incorporaron al expediente, luego de haber sido puestas en conocimiento de las partes en virtud de lo previsto por el artículo 109 del C.P.C.

¹⁷ Folios 112 a 116 del C. Principal No. 2.

¹⁸ Folios 144 a 159 del C. Principal No. 1.

Vs.

Organización Terpel S.A.

- El 21 de enero de 2014¹⁹ se recibieron las declaraciones de parte de los señores José Carlos Barreto Barrios, representante legal de la parte demandada y Fabián Gómez Herazo, representante legal de la parte demandante.
- El 4 de febrero de 2014²⁰ se recibieron los testimonios de los señores Daniel Perea Villa y Sandra Patricia Manrique Loaiza.
- El 24 de febrero de 2014²¹ se recibieron los testimonios de los señores Arturo Gutiérrez de Piñeres, Mario Antonio Palma Cervantes y Claudia Patricia González Cristancho.
- El 5 de marzo de 2014²² se recibieron los testimonios de los señores Ricardo Mario Fernández Schembri y Sylvia Escovar Gómez.
- El 10 de marzo de 2014²³ se recibió el testimonio de la señora Carolina Escobar Arias.
- El 19 de marzo de 2014²⁴ se recibió el testimonio del señor José Carlos Barreto Barrios, prueba decretada de oficio por el Tribunal.

4.1.3. Inspección judicial

El Tribunal decretó la práctica de una inspección judicial con exhibición de documentos en las instalaciones de la sociedad demandada Organización Terpel S.A., la cual tuvo lugar el 25 de marzo de 2014 y los documentos aportados fueron debidamente incorporados al expediente²⁵.

4.1.4. Dictamen Pericial

Se decretó y practicó un dictamen pericial a cargo de un **perito experto en informática y sistemas** decretado de conformidad con lo solicitado por la parte

¹⁹ Folios 359 a 370 del C. de Pruebas No. 1.

²⁰ Folios 341 a 357 del C. de Pruebas No. 1.

²¹ Folios 371 a 382 del C. de Pruebas No. 1.

²² Folios 68 a 87 del C. de Pruebas No. 2.

²³ Folios 88 a 94 del C. de Pruebas No. 2.

²⁴ Folios 384 a 394 del C. de Pruebas No. 1.

demandante, el cual fue rendido por el señor **Raúl Wexler Pulido Téllez** quien fue designado por el Tribunal²⁶. De dicho dictamen se corrió traslado a las partes, término dentro del cual no se hicieron solicitudes de aclaraciones o complementación.

4.2. Alegatos de conclusión

Por encontrar que todas las pruebas decretadas fueron practicadas en forma oportuna, el 26 de marzo de 2014 el Tribunal cerró el periodo probatorio. El 16 de mayo de 2014 las partes presentaron sus alegatos de conclusión de manera oral y los correspondientes resúmenes escritos fueron incorporados al expediente.²⁷

En esa misma oportunidad, el Tribunal fijó el 28 de julio de 2014 para la audiencia de lectura del Laudo, fecha que fue modificada posteriormente, para que tuviera lugar el 29 de agosto de 2014, con una nueva modificación para que se llevara a cabo en el día de hoy 15 de septiembre de 2014.

V. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO

El término de duración del presente proceso es de seis (6) meses por mandato del artículo 14 del Reglamento de Procedimiento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá como quiera que las partes no pactaron nada distinto al respecto. Su cómputo se inició a partir de la finalización de la Primera Audiencia de Trámite, es decir, el 21 de noviembre de 2013, por lo cual dicho plazo habría vencido el 20 de mayo de 2014. Sin embargo, atendiendo la solicitud de las partes se decretaron las siguientes suspensiones:

Acta	Fecha de suspensión	Días Hábiles
Acta No. 7 – Auto No. 10	16 de diciembre /13 y 20 enero /14 (ambas fechas inclusive)	23
Acta No. 9 – Auto No. 12	5 y 23 de febrero/14 (ambas fechas inclusive)	13
Acta No. 10 – Auto No. 13	25 de febrero y 4 de marzo/14 (ambas fechas inclusive)	6
Acta No. 11 – Auto No. 14	11 y 18 de marzo/14 (ambas fechas inclusive)	6
Acta No. 13 – Auto No. 16	7 de abril y 13 de mayo/14 (ambas fechas inclusive)	24

²⁵ C. de Pruebas No. 3.

²⁶ Folios 1 a 67 del C. de Pruebas No. 2.

²⁷ Folios 255 a 285 y 286 a 369 del C. Principal No. 2.

Vs.

Organización Terpel S.A.

Acta No. 15 – Auto No. 18	17 de mayo y 27 de julio/14 (ambas fechas inclusive)	47
---------------------------	--	----

Total días de suspensión	119
--------------------------	-----

El proceso estuvo suspendido durante ciento diecinueve (119) días, que sumados a los del término, llevan a concluir que éste vence el doce (12) de noviembre de dos mil catorce (2014). Por lo anterior, la expedición del presente laudo es oportuna y se hace dentro del término consagrado en la ley.

CAPITULO SEGUNDO

LA CONTROVERSIA

I. LA DEMANDA, SU CONTESTACIÓN Y EXCEPCIONES

1.1. Pretensiones

Con apoyo en los hechos que adelante se transcriben y en la normatividad invocada en la demanda reformada, la parte demandante ha solicitado al Tribunal que en el Laudo se efectúen las siguientes declaraciones y condenas:

- "1. Que se declare que la convocada, de manera unilateral y abrupta, dio terminación al contrato suscrito entre las partes, hoy convocante y convocada, el día 20 de agosto de 2012."
- "2. Que se declare que la sociedad FGH S.A.S. ejecutó cabalmente las obligaciones propias del objeto del contrato suscrito con ORGANIZACIÓN TERPEL S.A. el día 20 de agosto de 2012, antes de que la demandada decidiera dar por terminado el contrato de forma unilateral."
- "3. Que se declare que la sociedad FGH S.A.S., en cumplimiento de la obligación contractual contenida en el artículo primero del contrato suscrito por las partes el día 20 de agosto de 2012, logró colocar una capacidad ociosa de transporte de gas natural que afectaba a la sociedad ORGANIZACIÓN TERPEL S.A., a la sociedad GASES DE OCCIDENTE, por un valor de

Vs.

Organización Terpel S.A.

SESENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS VEINTE DÓLARES AMERICANOS (USD 61.272.420.00).

- "4. Que se declare que la sociedad FGH S.A.S. se encontraba ejecutando el contrato suscrito con Organización Terpel S.A.S. (sic) para el momento en el que intempestivamente la demandada resolvió darlo por terminado y, consecuencia, que se le impongan las condenas que enseguida se solicitan."
- "5. Que se condene a la demandada ORGANIZACIÓN TERPEL S.A. a pagar, a favor de la sociedad FGH S.A.S., la suma de SIETE MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS NOVENTA DOLARES AMERICANOS (USD 7.352.690.00), o su equivalente en moneda de curso legal colombiana, liquidado con base en la tasa representativa del mercado vigente en la fecha en la que se surta el pago, correspondiente a la comisión causada con ocasión de la colocación de capacidad ociosa de transporte de gas natural que afectaba a la sociedad ORGANIZACIÓN TERPEL S.A., a la sociedad GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P., derivada de la aplicación de la fórmula acordada por las partes para estos efectos contenida en la cláusula séptima del contrato suscrito por las partes el día 20 de agosto de 2012."
- "6. Que se condene a la demandada ORGANIZACIÓN TERPEL S.A. a pagar, a favor de la sociedad FGH S.A.S., la suma de DOS MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y NUEVE DÓLARES AMERICANOS (USD 2.537.989.00), o su equivalente en moneda de curso legal colombiana, liquidado con base en la tasa representativa del mercado vigente en la fecha en la que se surta el pago, correspondiente a la suma que resulta de aplicar la fórmula acordada por las partes y contenida en la cláusula séptima del contrato suscrito el día 20 de agosto (sic) de 2012, correspondiente a la colocación de la capacidad ociosa de transporte de gas natural que afecta a la ORGANIZACIÓN TERPEL S.A., en relación con las gestiones realizadas por la demandante ante la Compañía EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.; operación que fue interrumpida, de manera unilateral y abrupta por la sociedad demandada."
- "7. Que se condene a la demandada al pago de las costas procesales y de las agencias en derecho, de conformidad con lo establecido en los literales d. y

e. de la Cláusula décima cuarta del contrato suscrito por las partes el día 20 de agosto de 2012, que contiene la Cláusula Compromisoria."

1.2. Hechos

Las pretensiones formuladas por la Parte Convocante en la demanda arbitral, están fundamentadas en los hechos que se transcriben a continuación:

- **"Hechos precontractuales**

1. *"El señor FABIAN GOMEZ HERAZO, fue trabajador de la sociedad GAZEL S.A.S. – hoy Organización TERPEL-, desde el 22 de enero de 2007 y hasta el 30 de junio de 2012."*
2. *"En tal condición desempeñó los siguientes cargos: Representante legal de GAZEL SAS desde el 22 de enero de 2007 hasta el 31 de diciembre de 2011; Vicepresidente de Negocios Internacionales de la Organización TERPEL, desde el 1º de enero de 2012 y hasta el 30 de junio de 2012."*
3. *"La finalización del vínculo contractual laboral de FABIAN GOMEZ HERAZO y GAZEL S.A.S., se hizo con el reconocimiento público de su gestión durante el tiempo en que estuvo vinculado con la compañía."*
4. *"El señor FABIAN GOMEZ HERAZO cuenta con una reconocida trayectoria en el sector del Gas Natural, tanto a nivel nacional como internacional, producto de más de veinticinco años de trabajo y gestión dentro del mismo."*
5. *"Previo a su retiro como empleado de la empresa GAZEL S.A.S., FABIAN GOMEZ HERAZO constituyó la sociedad denominada FGH S.A.S., cuyo objeto social le permite dedicarse a actividades de asesoría y consultoría estratégica, y en configuración de modelos de negocio relacionados, entre otros, con el gas natural vehicular."*
6. *"Con posterioridad a su retiro, a mediados del mes de julio de 2012, FABIAN GOMEZ HERAZO recibe la invitación de JOSE CARLOS BARRETO, Vicepresidente de Operaciones y Logística de la Organización TERPEL y representante legal de GAZEL S.A.S., para que formule una propuesta para*

gestionar la colocación de la capacidad ociosa del transporte de gas natural que afectaba a la compañía GAZEL S.A.S. en ese momento."

7. *"La invitación de JOSE CARLOS BARRETO a FABIAN GOMEZ HERAZO estuvo motivada por la instrucción que le dio la Junta Directiva de la Organización TERPEL, ante el impacto negativo que generaban los excesos de capacidad de transporte contratado, evidenciado en los estados financieros de la entidad."*
8. *"El 3 de agosto de 2012, SYLVIA ESCOVAR, Presidente de la Organización TERPEL y representante legal de GAZEL S.A.S., mediante correo electrónico dirigido a FABIAN GOMEZ HERAZO, le manifiesta tener conocimiento de las conversaciones adelantadas con el JOSE CARLOS BARRETO, acerca de la invitación para presentar una propuesta gestionar la colocación de la capacidad ociosa de transporte de gas natural que afectaba a la Compañía en ese momento."*
9. *"Mediante correo electrónico de fecha 5 de agosto de 2012, FABIAN GOMEZ HERAZO dio respuesta al correo electrónico remitido por SYLVIA ESCOVAR y de que trata el punto anterior."*
10. *"El 8 de agosto de 2012, FABIAN GOMEZ HERAZO, en su condición de representante legal de la sociedad FGH S.A.S., formula a la Organización TERPEL una propuesta de comercialización de los excedentes de capacidad de transporte, basada en las conversaciones adelantadas con JOSE CARLOS BARRETO, Vicepresidente de Operaciones y Logística de Organización TERPEL, y suficientemente conocidas por SYLVIA ESCOVAR, Presidente de la Organización TERPEL, y ambos representantes legales, principal y suplente, en su orden, de GAZEL SAS."*
11. *"Entre el 9 y el 20 de agosto de 2012, FABIAN GOMEZ HERAZO, en su condición de representante legal de la sociedad FGH S.A.S., mantuvo conversaciones telefónicas con JOSE CARLOS BARRETO, en una de las cuales éste le comunicó que la Junta Directiva de ORGANIZACIÓN TERPEL había dado su aprobación a la propuesta remitida por FGH S.A.S el día 8 de agosto, con la observación de que la suma que se proponía como valor de gastos por*

Vs.

Organización Terpel S.A.

la gestión ofrecida se manejara como anticipo descontable en la primera factura de los honorarios propuestos, aceptando en su integridad lo demás."

12. *"El día 20 de agosto de 2012, FGH S.A.S. envía a JOSE CARLOS BARRETO, en su condición de Representante Legal de la Sociedad GAZEL S.A.S., La oferta mercantil de intermediación para la venta de capacidad de transporte de gas, que corresponde a la propuesta enviada el día 8 de agosto de 2012, con el ajuste sugerido por la Junta Directiva de ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.S."*
13. *"Para los efectos del perfeccionamiento del contrato, y de acuerdo con lo solicitado por FABIAN GOMEZ HERAZO, en correo electrónico del día 20 de agosto de 2012, en su condición de representante legal de la sociedad FGH S.A.S., se intercambia correos electrónicos e información con las funcionarias de la Organización TERPEL SAS, CAROLINA ESCOBAR ARIAS, Directora de Abastecimiento, y HEIDI ALEXANDRA DAZA ZAPATA."*
14. *"Con causa en la oferta mercantil del 20 de agosto de 2012, Organización TERPEL entregó a FGH S.A.S. la información sobre capacidades contratadas, nominadas y capacidad ociosa por tramo hasta el 2020, por medio de correo electrónico remitido por la funcionaria Carolina Escobar Arias, Directora de Abastecimiento de ORGANIZACIÓN TERPEL Y GAZEL S.A.S., de fecha 24 de agosto de 2012."*
15. *"También con causa en la oferta mercantil del 20 de agosto, Organización TERPEL SAS entrega a FGH SAS carta de autorización para proponer negocios que conlleven a colocar la capacidad de transporte ociosa, de conformidad con lo cláusula sexta, numeral tercero, de la oferta referida. La carta de autorización está fechada el 31 de agosto de 2012."*
16. *"Así mismo, con causa en la oferta del 20 de agosto, GAZEL SAS designa a la funcionaria Carolina Escobar Arias como supervisora del proceso, y posteriormente al señor Ricardo Mario Fernández. Estas personas son las que envían a FGH SAS la información referida a la capacidad ociosa y quienes absuelven las preguntas que surgen con ocasión de la gestión con los eventuales interesados en utilizarla."*

17. "El día 7 de septiembre de 2012, GAZEL SAS expide la orden de compra No. 4800061682, remitida mediante correo electrónico de fecha 11 de septiembre de 2012, por medio de la cual se termina de perfeccionar la aceptación de la oferta mercantil del día 20 de agosto de 2012."

• **"Hechos contractuales"**

18. "La orden de compra referida en el hecho anterior se crea por solicitud de la Directora de Abastecimiento de Organización TERPEL, Carolina Escobar, con la aprobación del Vicepresidente de Operaciones y Logística de la misma Organización TERPEL."

19. "El objeto del contrato referido en el hecho anterior se expresa en los siguientes términos:

"EL OFERENTE ofrece a GAZEL, ejecutar bajo su exclusivo riesgo y como contratista independiente, con plena autonomía administrativa, técnica y directiva, y utilizando sus propios medios y recursos, el SERVICIO de intermediación para la venta de capacidad de transporte de gas (en adelante EL SERVICIO), a cambio del pago de la suma fijada en la cláusula séptima de esta oferta."

20. "La Cláusula Séptima del contrato establece el valor del mismo, así:

"El valor de EL SERVICIO de esta oferta se establece como una comisión que depende del volumen de capacidad de transporte colocada y el precio a la que es colocada. Este valor se determina de acuerdo a la siguiente fórmula:

"Comisión FGH = Vol. * Precio * 12%

"Vol.: Capacidad de transporte Colocada en KPC"

"Precio: Valor final de venta por cada KPC"

21. "La sociedad FGH S.A.S. desarrolló las gestiones encaminadas a la ejecución del objeto contractual plasmado en la cláusula primera de la oferta mercantil de fecha 20 de agosto de 2012, rindiendo los informes correspondientes a los

avances con los eventuales clientes GASES DE OCCIDENTE; EPM; Gas Natural S.A. E.S.P. y TGI, a los cuales se hace referencia en los siguientes hechos.

22. *"El día 5 de Septiembre FGH S.A.S., a través de su representante legal, inicia gestiones tendientes a la colocación de las capacidades de transporte ociosa, con las Empresas Públicas de Medellín, según correo electrónico enviado a Tulio Betancourt, funcionario de la misma."*
23. *"El día 7 de septiembre, en ejecución del contrato, FGH SAS, a través de su representante legal, inicia conversaciones en torno a la colocación de la capacidad ociosa de GAZEL SAS, con CLAUDIA PATRICIA GONZALEZ, funcionaria de la Compañía GASES DE OCCIDENTE."*
24. *"El día 19 de Septiembre de 2012 FABIAN GOMEZ HERAZO, en su calidad de representante legal de la sociedad FGH S.A.S., adelanta conversaciones con Sonia Rocío Sanabria, funcionaria de Transportadora de Gas Internacional, TGI, con el fin de presentarle alternativas para minimizar el impacto económico a la Organización TERPEL, por la sobrecontratación, y hacer más viable la colocación de dichos excedentes a los potenciales clientes."*
25. *"El día 25 de Septiembre de 2012, la sociedad FGH S.A.S., a través de su representante legal, sostuvo una reunión con funcionarios de Gas Natural SA ESP, para conocer el interés de éstos en adquirir los excedentes de capacidad de transporte o capacidad ociosa de GAZEL SAS."*
26. *"El día 25 de septiembre de 2012 se reunieron FABIAN GOMEZ HERAZO, representante legal de FGH SAS, y JOSE CARLOS BARRETO y CAROLINA ESCOBAR ARIAS, funcionarios ya antes precisados de la Organización TERPEL, con el fin de informarles sobre el avance de las gestiones adelantadas en cumplimiento del contrato celebrado el 20 de agosto de 2012."*
27. *"El día 26 de septiembre de 2012, FABIAN GOMEZ HERAZO, en calidad de representante legal de FGH SAS, remite un correo electrónico a JOSE CARLOS BARRETO y CAROLINA ESCOBAR ARIAS, confirmando los puntos tratados y acordados en la reunión a que se refiere el hecho anterior."*

-
28. "El día 26 de septiembre de 2012, CLAUDIA PATRICIA GONZALEZ, funcionaria de la Compañía GASES DE OCCIDENTE, envía correo electrónico a FABIAN GOMEZ HERAZO, representante Legal de la sociedad FGH S.A.S., en el cual plantea los puntos sobre los cuales se estructurará la propuesta que se presentará a GAZEL SAS para la colocación de su capacidad ociosa de transporte de gas."
29. "El día 28 de septiembre de 2012, FGH S.A.S., a través de su representante legal, FABIAN GOMEZ HERAZO, presenta a GAZEL SAS, mediante correo electrónico dirigido a JOSE CARLOS BARRETO, en su condición de Representante Legal de la Sociedad GAZEL S.A.S, la propuesta de negocio formulada por la compañía GASES DE OCCIDENTE, atendiendo las pautas trazadas por FGH SAS, para la colocación de la capacidad ociosa."
30. "La valoración de la capacidad ociosa referida en el hecho anterior, se hizo con base en la información suministrada por CAROLINA ESCOBAR ARIAS, Directora de Abastecimiento de Organización TERPEL, y RICARDO MARIO FERNANDEZ SCHEMBRI, Técnico de Suministros de GAZEL SAS, con quienes se revisaron los volúmenes de capacidad de transporte ocioso, durante los años 2013 a 2020, el cual se estimó en promedio en 6699 KPCD (Miles de pies cúbicos diarios)."
31. "La tarifa vigente a partir de Enero de 2013 es de TRES COMA TRECE DÓLARES AMERICANOS (US\$ 3,13) por cada KPCD, a una tasa de cambio de MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA PESOS COLOMBIANOS (COP 1.850) por Dólar americano."
32. "La valoración efectuada conforme a lo expuesto en el hecho anterior arroja como resultado un valor total de SESENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS VEINTE DÓLARES AMERICANOS (USD 61.272.420.00), para la capacidad de transporte colocada a Gases de Occidente S.A. E.S.P."
33. "Durante los días 8 y 9 de octubre de 2012, mediante conferencias telefónicas y correos electrónicos entre JOSE CARLOS BARRETO, CAROLINA ESCOBAR ARIAS, y MARIO PALMA, funcionarios de GAZEL S.A.S., y FABIAN GOMEZ HERAZO, representante legal de FGH S.A.S., se efectúan las ampliaciones y

aclaraciones a la propuesta de negocio con GASES DE OCCIDENTE, para que la misma sea presentada a la Junta Directiva de Organización TERPEL, a realizarse el día 11 de Octubre de 2012."

34. *"El día 10 de octubre de 2012, en las horas de la noche, el señor JOSE CARLOS BARRETO, de las condiciones antes anotadas, en conversación telefónica con FABIAN GOMEZ HERAZO, representante legal de FGH S.A.S., le expresa la preocupación de la Organización TERPEL SAS por el monto de los honorarios a favor de FGH S.A.S., resultantes de aplicar lo establecido en el contrato para la negociación con GASES DE OCCIDENTE."*
35. *"En atención a la inquietud formulada por JOSE CARLOS BARRETO, referida en el hecho anterior, FABIAN GOMEZ HERAZO, en su condición de Representante Legal de la sociedad FGH S.A.S., le remite un correo electrónico en el cual se sustenta el valor de los honorarios causados con ocasión de la gestión desarrollada en el negocio a celebrarse con GASES DE OCCIDENTE."*
36. *"Entre los días 11 y 15 de octubre de 2012, se sostienen conversaciones entre FABIAN GOMEZ HERAZO, representante legal de FGH S.A.S. y JOSE CARLOS BARRETO, en su condición de Vicepresidente de Operaciones y Logística de la Organización TERPEL SAS, acerca de la aprobación, por la Junta Directiva de dicha sociedad, de la propuesta formulada por GASES DE OCCIDENTE; así como de la formalización de la misma y de los pasos a seguir para su materialización."*
37. *"Como consecuencia de la aceptación de la propuesta por parte de la Junta Directiva de la ORGANIZACIÓN TERPEL SAS, FABIAN GOMEZ HERAZO, en su condición de Representante Legal de la sociedad FGH S.A.S., mediante correo electrónico de fecha 15 de octubre de 2012, informa de esta situación al representante legal de la compañía GASES DE OCCIDENTE, ARTURO GUTIERREZ DE PIÑERES, solicitándole, a su vez, el envío de algunos documentos para el perfeccionamiento del negocio jurídico."*
38. *"También el mismo 15 de octubre de 2012, FABIAN GOMEZ HERAZO, en su calidad de representante legal de FGH S.A.S., remite un correo electrónico a JOSE CARLOS BARRETO, en relación con las actividades a desarrollar por*

parte de ORGANIZACIÓN TERPEL, para materializar el negocio jurídico de que tratan los anteriores hechos."

39. *"El día 18 de octubre de 2012 se celebra una reunión entre FABIAN GOMEZ HERAZO y JOSE CARLOS BARRETO, con el objeto de tratar el tema sobre la causación y el monto de los honorarios a favor de la sociedad FGH S.A.S., con motivo de la negociación con la Compañía GASES DE OCCIDENTE."*
40. *"La sociedad GAZEL S.A.S. fue controlada por la sociedad ORGANIZACIÓN TERPEL S.A. hasta el 19 de octubre de 2012, momento en el cual se produce la absorción de ésta por aquella."*
41. *"El día 26 de octubre de 2012, CLAUDIA PATRICIA GONZALEZ, funcionaria de **GASES DE OCCIDENTE**, mediante correo electrónico, informa a FABIAN GOMEZ HERAZO, representante legal de FGH S.A.S., que la compañía GASES DE OCCIDENTE aprobó la continuación de la negociación con ORGANIZACIÓN TERPEL."*
42. *"El día 31 de octubre de 2012, FABIAN GOMEZ HERAZO, de las condiciones antes anotadas, informa a JOSE CARLOS BARRETO Y SYLVIA ESCOVAR, a través de correo electrónico, también de las condiciones antes anotadas, que en la reunión de la Junta Directiva de **GASES DE OCCIDENTE**, celebrada el día 26 de Octubre, se ratificó la propuesta presentada, bajo las condiciones acordadas y contenidas en el correo electrónico de FGH SAS, enviado a Organización TERPEL el día 28 de Septiembre de 2.012."*
43. *"Entre los días 1º y 11 de noviembre de 2012, FGH S.A.S. y **GASES DE OCCIDENTE** preparan los documentos necesarios para el perfeccionamiento del negocio jurídico, los cuales se envían, para su revisión, a JOSE CARLOS BARRETO y SYLVIA ESCOVAR, de las condiciones antes anotadas, el día 11 de noviembre, a través de correo electrónico."*
44. *"Revisada la documentación remitida por FGH S.A.S. y **GASES DE OCCIDENTE**, y aprobada por la ORGANIZACIÓN TERPEL, la negociación de la capacidad ociosa de transporte de gas que afectaba a GAZEL S.A.S. en el tramo CUSIANA – CALI se perfeccionó mediante la suscripción de los documentos correspondientes el día 19 de diciembre de 2012."*

45. "Además de la negociación con GASES DE OCCIDENTE, FABIAN GOMEZ HERAZO, en nombre de la sociedad FGH SAS, adelantó conversaciones con **EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN** para la colocación del resto de la capacidad ociosa de transporte de gas de GAZEL SAS – ORGANIZACIÓN TERPEL, particularmente referidas al tramo BALLENAS – SEBASTOPOL."
46. "Mediante correo electrónico del día 22 de octubre, ORGANIZACIÓN TERPEL le envía a FGH S.A.S. la documentación relacionada con las conversaciones adelantadas por esta última con EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN y referidas concretamente a la capacidad ociosa de GAZEL en el tramo BALLENAS – SEBASTOPOL."
47. "El 10 de noviembre de 2012, FABIAN GOMEZ HERAZO remite a JOSE CARLOS BARRETO, ambos de las condiciones antes anotadas, un correo electrónico, explicando en detalle el contexto de la capacidad de transporte ociosa de Ballenas-Sebastopol, y sus recomendaciones."
48. "En el documento reseñado en el hecho anterior, FABIAN GOMEZ HERAZO, en su calidad de representante legal de FGH S.A.S., presenta la valoración de la capacidad ociosa, durante los años 2013 a 2020, estimada en promedio en CUATRO MIL VEINTISEIS (4.026) KPCD (Miles de pies cúbicos diarios)."
49. "La tarifa vigente a partir de Enero de 2013, aplicable a la capacidad de transporte de gas en el poliducto Ballenas - Sebastopol es de UNO COMA SETENTA Y NUEVE DÓLARES AMERICANOS (USD 1,79) por cada KPCD, a una tasa de cambio de MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA PESOS COLOMBIANOS (COP 1.850) por Dólar Americano, lo cual arroja como valor total la suma de VEINTIUN MILLONES CIENTO CUARENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS CINCO DÓLARES AMERICANOS (USD 21.149.905.00), para la capacidad de transporte ociosa a negociar con EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN."
50. "El 18 de noviembre de 2012, JOSE CARLOS BARRETO, Vicepresidente de Operaciones y Logística de la Organización TERPEL comunicó telefónicamente a FABIAN GOMEZ HERAZO, representante legal de FGH S.A.S. que no continuara la negociación del resto de la capacidad ociosa correspondiente al

tramo *BALLENAS – SEBASTOPOL*, con **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN**, hasta tanto no se aclarara el tema de los honorarios.”

51. “El 28 de noviembre de 2012 se celebra, en Barranquilla, una reunión de SYLVIA ESCOVAR, Presidenta de Organización TERPEL SAS, con FABIAN GOMEZ HERAZO, representante legal de FGH SAS, en la cual se trata el tema de los honorarios causados a favor de esta última sociedad con ocasión del negocio jurídico celebrado con GASES DE OCCIDENTE, y de las negociaciones iniciadas con EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN.”
52. “El 29 de noviembre de 2012, FABIAN GOMEZ HERAZO, mediante correo electrónico, remite a SYLVIA ESCOVAR, ambos de las condiciones antes anotadas, una propuesta de modificación a la cláusula séptima del contrato celebrado con GAZEL SAS, de fecha agosto 20 de 2012.”
53. “El 6 de diciembre de 2012, Carolina Escobar, funcionaria de la ORGANIZACIÓN TERPEL, remite a FABIAN GOMEZ HERAZO, representante legal de FGH S.A.S., mediante correo electrónico, la información para validar la negociación con **GASES DE OCCIDENTE**.”
54. “El 6 de diciembre de 2012, mediante correo electrónico, FABIAN GOMEZ HERAZO da traslado de la información remitida por CAROLINA ESCOBAR, ambos de las condiciones antes anotadas, a **GASES DE OCCIDENTE**.”
55. “El 7 de diciembre, mediante correo electrónico, dirigido a FABIAN GOMEZ HERAZO, representante legal de FGH S.A.S., **GASES DE OCCIDENTE** da respuesta, anexa documentos finales y agradece la gestión. Los documentos se suscribieron el 19 de diciembre de 2012.”

• **"HECHOS POSCONTRACTUALES"**

56. “El 9 de diciembre, es decir, con posterioridad a la estructuración, elaboración y envío de los documentos que perfeccionaron el negocio jurídico celebrado con GASES DE OCCIDENTE, mediante correo electrónico dirigido a FABIAN GOMEZ HERAZO, en su calidad de representante legal del FGH SAS, SYLVIA ESCOVAR, Presidenta de la ORGANIZACIÓN TERPEL SAS, envía una contrapropuesta, consistente en dar por terminado el contrato del 20 de

agosto de 2012, y suscribir dos nuevos negocios jurídicos, así: Uno limitando el valor de los honorarios a \$906.000.000 correspondientes a la negociación, ya consolidada, con GASES DE OCCIDENTE; y otro para la colocación, con **EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN**, de la capacidad ociosa de transporte de gas, operación aún no consolidada."

57. "Mediante comunicación del día 10 de diciembre de 2012, vía correo electrónico, FABIAN GOMEZ HERAZO, en su carácter de representante legal de la sociedad FGH S.A.S. no acepta la propuesta de modificación al contrato inicialmente pactado y vigente al momento, esto es, el suscrito el día 20 de agosto de 2012; modificación de que trata el hecho anterior."
58. "Como respuesta a la comunicación reseñada en el hecho anterior, ORGANIZACIÓN TERPEL, mediante carta del día 12 de diciembre de 2012, suscrita por DANIEL ALFONSO PEREA VILLA, Vicepresidente de Asuntos Legales y Corporativos, le manifiesta a FGH S.A.S. que no le asiste derecho a devengar ninguna comisión, en la medida en que considera que el objeto del contrato de fecha 20 de agosto de 2012, perfeccionado el día 7 de septiembre, no se ejecutó."
59. "El día 20 de diciembre de 2012 tiene lugar una conversación entre FABIAN GOMEZ HERAZO y SYLVIA ESCOVAR, ambos de las condiciones antes anotadas, en la que se trata el tema de los honorarios causados a favor de la sociedad FGH S.A.S., sin que tampoco hubiera una definición al respecto."
60. "Entre el 20 de diciembre de 2012 y el 19 de febrero de 2013, hay intercambios de comunicaciones telefónicas entre SYLVIA ESCOVAR y FABIAN GOMEZ HERAZO, ambos de las condiciones antes anotadas, sobre el tema de los honorarios, sin que se llegue a un acuerdo."
61. "El día 20 de febrero de 2013, previa convocatoria hecha por los abogados de la sociedad FGH S.A.S., tiene lugar una reunión con los señores JOSE CARLOS BARRETO y DANIEL ALFONSO PEREA VERGARA, ambos de las condiciones antes anotadas, en la cual se retoma el asunto de los honorarios causados a favor de la sociedad FGH S.A.S., sin que hubiera una definición al respecto."

62. *"Terminada la reunión de que trata el punto anterior, el Dr. DANIEL ALFONSO PEREA VERGARA, en forma telefónica, comunicó al apoderado de la parte convocante, Dr. GUSTAVO CUELLO IRIARTE, que formulaba una propuesta de arreglo, consistente en ofrecer la suma de MIL OCHOCIENTOS MILLONES DE PESOS; propuesta que, una vez consultada con el representante legal de la poderdante, no fue aceptada, y así, por la misma vía, se le comunicó al Dr. PEREA."*

1.3. Contestación de la demanda por parte de Organización Terpel S.A. y formulación de excepciones

Al contestar la demanda, la parte convocada se opuso a todas y cada una de las pretensiones aducidas. En cuanto a los hechos, aceptó algunos como ciertos, admitió otros como parcialmente ciertos y rechazó los restantes.

Adicionalmente, en un planteamiento defensivo formuló las siguientes excepciones de mérito con el ánimo de enervar las pretensiones de la demanda:

1. *"No se ejecutó el objeto del contrato celebrado entre FGH y Terpel, y en esa medida no pudo causarse a favor de la primera la comisión de que trata dicho contrato."*
 - 1.1. *"La formulación de la orden de compra No. 4800061682 refleja la voluntad de TERPEL frente a la oferta de 20 de agosto de 2012."*
 - 1.2. *"Lo anterior se ve reforzado por el hecho de que el señor José Carlos Barreto no tenía facultades para comprometer a la compañía por un valor de comisiones como el que se pretende en la demanda."*
 - 1.3. *"La modificación de la relación existente entre GDO y TERPEL."*
 - 1.4. *"La gestión realizada por FGH no fue de intermediación para la venta de capacidad ociosa de transporte de gas en el tramo Cusiana – Cali."*
 - 1.5. *"No puede asimilarse la comisión a causarse por razón de la intermediación para la venta, a la comisión que eventualmente se podría causar por la gestión que finalmente se realizó."*

2. *"En relación con el tramo Ballenas-Sebastopol no se materializó ningún tipo de negocio jurídico que versara sobre la capacidad ociosa de transporte de TERPEL."*
3. *"No hubo terminación unilateral e intempestiva del contrato celebrado."*

CAPITULO TERCERO

PRESUPUESTOS PROCESALES

Para efectos de la emisión del Laudo se hace necesario establecer si en el presente proceso arbitral se encuentran satisfechos los presupuestos procesales, esto es, si se cuenta con los requisitos indispensables de validez del proceso que permitan proferir una decisión de fondo.

Al respecto el Tribunal encuentra que tales presupuestos están cumplidos. En efecto, las partes son plenamente capaces y están debidamente representadas. De conformidad con las certificaciones de existencia y representación legal que obran en el expediente, FGH SAS y Organización Terpel S.A. son personas jurídicas que tienen su domicilio en Barranquilla y Bogotá respectivamente. Igualmente, sus representantes legales son mayores de edad, como se acreditó con el reconocimiento de los respectivos poderes, y cada parte actuó por conducto de su apoderado reconocido en el proceso.

Mediante Auto No. 8 proferido en la primera audiencia de trámite que tuvo lugar el 21 de noviembre de 2013, el Tribunal reiteró esa capacidad y la debida representación de las partes; advirtió que el Tribunal había sido debidamente integrado y que se encontraba instalado; que las partes habían consignado oportunamente la totalidad de los montos por concepto de gastos y honorarios; que la cláusula compromisoria que da lugar a este proceso está ajustada a derecho y se encuentra dentro del contrato objeto de controversia; que se trata de controversias claramente disponibles, y que, en consecuencia, sin perjuicio de lo que se decidiera en el Laudo, el Tribunal tenía, y aún conserva, competencia para tramitar y decidir el litigio.

La demanda con la que se instauró este proceso reúne los requisitos necesarios para el desenvolvimiento de la pretensión y el ejercicio de la resistencia por la parte demanda, pues satisface plenamente los requisitos formales previstos en los Arts. 75 y siguientes del C.P.C. y, de manera particular, en ella se hizo una adecuada acumulación de pretensiones, por lo que por este aspecto el Tribunal de Arbitramento está habilitado pronunciarse sobre ellas, cumpliéndose con ello el requisito de la demanda en forma. Además el proceso se adelantó con atención de las normas procesales pertinentes sin que se observe causal de nulidad que lo afecte.

Del anterior recuento se infiere que la relación procesal se constituyó regularmente y que en su desenvolvimiento no se configura defecto alguno que pueda invalidar, en todo o en parte, la actuación surtida, o que no se hubiere saneado, o que imponga al Tribunal la necesidad de dar aplicación al Art. 145 del C.P.C.,²⁸ por lo cual resulta procedente decidir el mérito de la controversia sometida a arbitraje por las partes.

CAPÍTULO CUARTO

CONSIDERACIONES

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

El asunto sustancial sobre el cual gira este litigio consiste en: i) establecer el alcance de un contrato celebrado entre GAZEL SAS y FGH SAS, derivado de una tratativa previa, seguida de una oferta y de su aceptación; ii) determinar si una operación celebrada, a su vez, entre Terpel y Gases de Occidente S.A. ESP (en adelante GDO), en cuya gestación y perfeccionamiento jugó un papel muy relevante el señor Fabián Gómez, representante legal de FGH SAS., operación referente, entre otros aspectos, al transporte de gas, da lugar o no a que FHG, con base en el contrato celebrado entre ella y GAZEL, tenga o no derecho al pago de la contraprestación demandada

²⁸ El Art. 145 del Código de Procedimiento Civil dice:

"En cualquier estado del proceso antes de dictar sentencia, el juez deberá declarar de oficio las nulidades insaneables que observe. Si la nulidad fuere saneable ordenará ponerla en conocimiento de la parte afectada por auto que se le notificará como se indica en los numerales 1. y 2. del Art. 320. Si dentro de los tres días siguientes al de notificación dicha parte no alega la nulidad, ésta quedará saneada y el proceso continuará su curso; en caso contrario, el juez la declarará."

por la convocante en este litigio, de manera que ésta deba ser pagada por TERPEL, sociedad absorbente de GAZEL.

A la luz de lo probado y de conformidad con el derecho aplicable, el Tribunal desatará la controversia que ha sido sometida a su decisión en los términos de dichas pretensiones y excepciones, ello dentro del ámbito de la cláusula compromisoria que lo habilita para proferir su laudo en derecho, no en equidad, y en el ámbito de una cuestión de estirpe contractual, y no de índole extracontractual.

Para tales efectos, el Tribunal parte de la siguiente descripción de la situación de fondo que da origen al litigio, y que se examinará en esta parte considerativa del Laudo, con apoyo en la valoración de las pruebas arrimadas al proceso.

Ante la existencia de una capacidad ociosa de transporte de gas en cabeza de GAZEL, un representante legal de Gazel, el Vicepresidente José Carlos Barreto, se puso en contacto con el señor Fabián Gómez, gerente de FGH SAS, ex funcionario de Gazel y persona con un conocimiento y una experiencia en esta actividad bastante amplios, para contar con sus servicios en busca de soluciones respecto de ese superávit. Fabián Gómez adelantó gestiones tendientes a aliviar dicho exceso de capacidad; y con ese fin se llevó a cabo una negociación entre GDO y Terpel. En qué consiste la diferencia entre las partes que se sujeta a la decisión de este Tribunal? En establecer si dicho negocio con GDO, en cuya gestión está probada la participación de Fabián Gómez, puede y debe ser remunerado o no a FGH SAS por Terpel con base en un contrato convenido entre Gazel SAS y FGH SAS, contrato surgido de una oferta aceptada por el destinatario. Y también se discute si ese mismo contrato fue o no intempestivamente terminado en forma perjudicial para FGH SAS.

En las pretensiones y excepciones planteadas ante el Tribunal por las partes, no se incluye ninguna declaración referente en forma directa a la existencia o inexistencia de un contrato entre ellas. Pero el litigio entero presupone su existencia; cosa distinta es la discusión acerca de cómo se perfeccionó y de su alcance. Veamos. La convocante, en su primera pretensión, pide que se declare que la convocada, de manera unilateral y abrupta, dio terminación al contrato perfeccionado entre las partes, con lo cual parte de la premisa de su existencia; su segunda pretensión, que busca una declaración sobre la ejecución cabal de las obligaciones propias de dicho contrato, evidentemente también parte del mismo supuesto; la tercera busca una

Vs.

Organización Terpel S.A.

declaración referente al cumplimiento de una obligación de dicho contrato; la cuarta también, al referirse a una declaración sobre una conducta imputada a la convocante y que afirma que ocurrió cuando se encontraba ejecutando "el contrato". Es claro entonces que todas esas pretensiones declarativas, que más adelante abordará y resolverá el Tribunal, dan por sentado que el mentado contrato había sido celebrado.

A su vez, la convocada, en su defensa frente a la demanda, en la primera y tercera excepciones interpuestas, aduce, respectivamente, que "No se ejecutó el objeto del contrato celebrado entre FGH y Terpel"; y que "No hubo terminación unilateral e intempestiva del contrato celebrado."

Así, el Tribunal se encuentra frente a unas pretensiones de la convocante y a unas excepciones de la convocada, en las cuales ellas presuponen un contrato cuya declaración de existencia, eficacia y validez no ha sido pedida al Tribunal, como tampoco se ha interpuesto una excepción basada en su inexistencia, ineficacia o invalidez. Esa situación no implica que el Tribunal, por fuera del marco que circunscribe su actuación rogada, se pronuncie sobre cuestiones no pedidas o diferentes de las pedidas; le impone el deber de interpretar la demanda reformada, al igual que la contestación, de forma que frente a dichos actos procesales pueda cumplir con su deber de administrar justicia en los precisos términos en que ha sido habilitado por las partes en la cláusula compromisoria que, sin perjuicio de su autonomía, forma parte, precisamente, de ese contrato cuya existencia, en forma implícita pero clara, dan por sentado en este litigio los contendores. No interpretar que ambas partes, al pedirle que diga el derecho aplicable, parten de la base de que el contrato existe, implicaría negarles el ejercicio de la función arbitral para lo cual conformaron el tribunal. Y en ese orden de ideas, lo primero que debe hacer el Tribunal es referirse a la formación de dicho contrato, a la luz del expediente.

Y en lo referente a la sustitución integral de Gazel SAS por parte de la convocada como contratante, Terpel ha contestado la demanda, según se ha indicado, dando por existente dicho contrato, alegando el cumplimiento del mismo y sin desconocer, condicionar o limitar su carácter de sustituto de Gazel SAS como consecuencia de la absorción de la empresa y del patrimonio sociales de dicha sociedad a título de fusión.

II. ORIGEN DE LA OFERTA

Está probado que un funcionario de la sociedad GAZEL, tuvo la iniciativa consistente en entrar en contacto con el señor Fabián Gómez. Y ese contacto se hizo en busca de un servicio orientado a la comercialización de una significativa capacidad ociosa de transporte de gas que gravitaba sobre Gazel como consecuencia de un contrato de transporte vigente en aquel entonces con GDO. A finales de julio del 2012 el señor José Carlos Barreto, en su calidad de Vicepresidente de Operaciones y Logística de GAZEL, se puso en contacto con Fabián Gómez para dicho efecto, tal y como la convocada lo aceptó en la contestación de la demanda, contacto que fue corroborado por el Sr. Barreto²⁹. Esa iniciativa, en términos generales, fue conocida por la representante legal, Sylvia Escovar, quien estaba al tanto de dicho contacto, y, por cierto, muy complacida al respecto.³⁰ Si bien no hay prueba que acredite que la Sra. Escovar tuviera conocimiento en ese momento sobre el contenido específico o resultado de esas conversaciones, en las declaraciones relacionadas con este tema manifestó que *"de eso estaba enterada, y también estaba enterada del momento en que José Carlos, porque él me lo dijo, había empezado a hablar con Fabián sobre la negociación de la gestión que estaba haciendo Fabián, de eso también estuve enterada, no exactamente de cuales, pero sí estuve enterada"*³¹. Y José Carlos Barreto coincide con ello.³²

Este antecedente es relevante para efectos de este litigio, pues esa iniciativa de un funcionario de Gazel dio inicio a un período precontractual, esto es, a las tratativas que, de conformidad con el artículo 863 del Código de Comercio (en adelante, "C.Co.") imponen la obligación a los involucrados de comportarse con una buena fe exenta de culpa.

²⁹ Al rendir testimonio, dijo que *"efectivamente, a mediados de julio, no recuerdo el día exacto, pero sí fue a mediados de julio, yo contacté a Fabián Gómez y lo contacté con un interés de ver si él estaba interesado en intermediar sobre la venta de gas, un gas que nosotros teníamos sobrante, y que ese sobrante se extendía hasta el 2020."* Testimonio rendido por el Sr. José Carlos Barreto, página 2.

³⁰ Obra en el expediente copia de un correo electrónico enviado el 3 de agosto de 2012 por la Sra. Escovar al Sr. Fabián Gómez al respecto, que dice: *"Supe que habías hablado ya con José sobre la posibilidad de la venta de la capacidad ociosa! Un beso Igual enviaré tu hoja de vida a mis conocidos."* Folio 95 del C. de Pruebas No. 1.

³¹ Testimonio rendido por Sylvia Escobar, página 8.

³² "DR. PINZÓN: En este proceso se adjuntó una documentación y se hizo también algún interrogatorio al respecto, específicamente un correo dirigido por la doctora Sylvia Escovar al señor Fabián Gómez, por cierto cordial, en el que se hace referencia a este tema de la capacidad ociosa, ¿sabe usted por qué estaba enterada doña Sylvia, fue a través de quién que estaba enterada ella de esta negociación o de estas conversaciones con Fabián? SR. BARRETO: De parte mía, Sylvia sabía que estábamos buscando opciones para la intermediación de venta y le comenté sobre la posibilidad de que utilizaríamos los servicios de Fabián para eso y debí habérselo mencionado, de que Fabián estaba interesado y que íbamos a recibir una oferta de él." (Testimonio rendido por el Dr. José Carlos Barreto, página 3)

III. LA OFERTA DEL 8 DE AGOSTO

La descrita iniciativa de un funcionario de GAZEL tuvo como consecuencia directa el envío de un documento, fechado el 8 de agosto de 2012³³ a GAZEL por FGH SAS, sociedad gerenciada y controlada por el señor Fabián Gómez, referente a su interés en gestionar para GAZEL la comercialización de dicho excedente de capacidad. No se discute ante el Tribunal la autenticidad de dicho documento ni su envío y recepción.

Conviene detenerse en dicho documento del 8 de agosto para examinarlo junto con otro documento, el del 20 de agosto de 2012, a la luz del derecho aplicable a las situaciones propias del denominado período precontractual y a las ofertas o propuestas de contrato; y dentro del análisis de la relación entre los dos se debe tener en mente cuál es la implicación de un anexo que acompañaba el documento del 8 de agosto, ello para efectos de establecer el alcance de la gestión desarrollada por FGH SAS de cara a la cobertura del contrato que se perfeccionó entre las partes, perfeccionamiento al que más adelante se hará referencia. Esto último porque, como se examinará más adelante, en dicho anexo se delineaba o preludiaba una operación con GDO que fue convenida entre esa sociedad y Terpel.

El documento anexo al correo electrónico del 8 de agosto dice lo siguiente:

"Barranquilla, agosto 9 de 2012

Señor

José Carlos Barreto

Vicepresidente de Operaciones

ORGANIZACIÓN TERPEL

Bogotá

Asunto: Comercialización de Excedentes de Capacidad de Transporte de Gas del Gasoducto del Interior del País.

Estimado José Carlos,

³³ Folios 16 a 19 y sus anexos Folios 2 a 15 del C. de Pruebas No. 1.

Vs.

Organización Terpel S.A.

De acuerdo a lo conversado a continuación presento la propuesta para la comercialización de los excedentes de capacidad de transporte de gas.

Contexto

-Debido a los mensajes de escasez enviados a la industria de Gas Natural durante los primeros años de este siglo, la mayoría de los remitentes se vieron precisados a establecer compromisos contractuales de largo plazo de capacidad de transporte desde las dos fuentes probables de abastecimiento, Ballena y Cusiana.

-La demanda de GNV registrada en los últimos cinco años y la recientemente proyectada por la industria es significativamente inferior a la esperada por el mercado en el momento de la contratación.

-Las modalidades de contratación del transporte de Gas Natural son en su mayoría "Pague lo Contratado" de tal forma que los mencionados excedentes representan para Terpel una disminución considerable en las utilidades de corto, mediano y largo plazo.

-Al igual que la Organización Terpel (OT), existen varios agentes en el mercado con capacidades ociosas de transporte de Gas Natural.

-La situación llega a tal nivel de criticidad que recientemente se comercializaron capacidades de transporte bajo la modalidad interrumpible aproximadamente entre el 20% y el 50% de su costo.

-Se espera que próximamente sean publicados los expedientes de la CREG (Regulador) que determinan los incrementos de las tarifas de transporte para los próximos años, condición que incrementaría el valor de los contratos.

-Es necesario identificar oportunidades de comercialización de las capacidades ociosas lo antes posible, en un mercado con excedentes en algunos tramos de destino final.

Objetivo

Comercializar total o parcialmente los excedentes de la capacidad de transporte contratada en el gasoducto del interior, declarados por la OT en el horizonte 2012-2020.

Metodología**I. Análisis del mercado.**

Se realizarán investigaciones acudiendo a fuentes primarias y secundarias para entender las condiciones actuales y esperadas, de precio, oferta y demanda en el mercado, con el objetivo claro de identificar oportunidades de transacción.

Condiciones actuales:

**Revisión de cifras de oferta y demanda*

**Casación entre suministro y transporte para cuando cada uno de los agentes*
**Evolución de precios del mercado primario*
**Ofertas de capacidad de transporte y suministro tanto en el mercado primario como secundario*
**Oferta de precios en el mercado secundario*
Condiciones esperadas:
**Proyectos de ampliación de los diferentes agente*
**Determinación de las necesidades futuras para cada uno de los mercados objetivo*
-Distribuidoras
-Industria
-Generación Termoeléctrica
-TGI
-Otros Comercializadores
-EDS GNV
**Identificación de los segmentos más prometedores para colocar la capacidad ociosa en condiciones favorables.*

II. Acercamientos

Se realizarán acercamientos preliminares para determinar las verdaderas necesidades de los posibles clientes y las condiciones esperadas por los mismos.

III. Determinación de Propuestas

Definición de propuestas integrales que generen valor a los posibles clientes procurando las condiciones más favorables para OT, considerando las capacidades ociosas que tienen los diferentes agentes y las particularidades de sus mercados que puedan representar oportunidades de negociación.

IV. Solicitud de Aprobación a la OT para ofrecer el modelo de negocio

V. Análisis contractual y Cierre del Negocio.

FGH S.A.S. (FGH) se encargará de revisar los documentos, negociarlos con la contraparte y entregarlos a la OT para su respectiva revisión, aprobación y firma.

Resultados y Entregables

FGH entregará a OT el documento contractual para su correspondiente firma acordado con cada cliente.

Otros Aspectos

Vs.

Organización Terpel S.A.

-FGH requiere disponibilidad de reuniones periódicas con un representante de OT para revisar su opinión sobre alternativas.

- OT debe entregar formalmente a FGH, en el momento de aceptar esta propuesta, los excedentes de capacidad a comercializar para los periodos 2012-2020.

OT debe entregar carta de autorización a FGH para proponer negocios que conlleven a colocar la capacidad ociosa.

-En caso de requerirse, OT debe disponer un representante para visitar en compañía de FGH al potencial cliente.

-Si después de 6 meses no se han obtenido resultados se determinará si se continúa con la relación comercial.

Honorarios:

Valor Fijo: Se espera que esta gestión tome entre tres y seis meses, por lo cual se solicita un valor fijo y único de treinta millones de pesos (\$30,000,000.00) para cubrir los gastos de viaje, así como también el acompañamiento que se requiera en análisis de información y elaboración y revisión de documentos.

Prima de Éxito:

*Honorarios FGH=Vol.*Precio*12%*

Vol.: Capacidad de Transporte Colocada en KPC

Precio: Valor final de venta por cada KPC

Cordialmente,

FABIAN ANTONIO GOMEZ HERAZO

C.C. 8.686.871

Representante Legal

FGH S.A.S."

Entre las partes se discute si dicho documento, que contiene, en los términos de la ley, una propuesta de negocio jurídico (C.Co., arts. 845 y ss.) forma parte de la oferta que posteriormente FGH SAS envió a Gazel con fecha del 20 de agosto; o si ese último documento recoge los términos de la oferta formulada a Gazel. Ya se examinarán las aristas relevantes de dicha discrepancia de las partes. Pero para los efectos de su análisis como una oferta, es decir, como una manifestación unilateral de voluntad vinculante para FGH SAS, se debe reparar en que en la comunicación transcrita no se señaló un plazo para su eventual aceptación por parte del proponente, de manera que le es aplicable la norma supletoria prevista en el artículo

851 del C.Co.³⁴, de acuerdo con la cual las propuestas escritas deben ser aceptadas o rechazadas dentro de los seis días siguientes a la fecha de la propuesta, cuando el destinatario reside en el mismo lugar del proponente, días éstos que son hábiles en virtud de lo dispuesto en el parágrafo primero del artículo 829 del C.Co., y a los cuales se suma el cálculo del término de la distancia según el medio de comunicación usado por el proponente.

Pues bien, en este caso, entre el 8 de agosto, fecha de la oferta en cuestión, y el 20 de agosto, fecha del segundo documento enviado por FGH SAS y que en seguida se examinará, transcurrieron más de seis días hábiles, y no se probó que dentro del lapso de tiempo señalado en la ley se hubiera dado su aceptación o rechazo. Es un hecho notorio que de acuerdo con el calendario de ese año, y teniendo en cuenta los días hábiles (excluyendo sábados, domingos, y extendiendo el término hasta el día 21, habida cuenta de que el 20 fue feriado), entre el 8 de agosto y el 21 de agosto transcurrieron ocho días hábiles, y entre el 9 y el 19, para extremar el cálculo, transcurrieron siete días hábiles. Y dado el sistema de comunicación empleado, que fue el electrónico, el rancio "término de la distancia" no implica extensión alguna del plazo legal previsto para su aceptación o rechazo. Esta circunstancia implica, a los ojos del Tribunal, que esa oferta del 8 de agosto forma parte de las tratativas entre FGH SAS y GAZEL, pero al no haber sido ni aceptada ni rechazada, la misma no debe ser considerada como una oferta vinculante, sino como un antecedente, junto con la iniciativa que tomó el funcionario de Gazel al buscar al gerente de FGH SAS.

FGH SAS sostuvo que la oferta mercantil de intermediación de venta de capacidad de transporte de gas natural vehicular formulada el 20 de agosto de 2012 tenía como antecedente la propuesta enviada el día 8 de agosto de ese mismo año, como parte de las tratativas adelantadas para consolidar dicha oferta. Y afirmó también que la Junta Directiva de Terpel aceptó la propuesta del 8 de agosto y que el Sr. Barreto le comunicó esa decisión al Sr. Gómez. Pues bien, el carácter de antecedente de la oferta del 8 es claro, al igual que la mencionada iniciativa tomada por el funcionario de Gazel; pero no hay prueba en el expediente en la que se acredite que la Junta Directiva haya conocido y aceptado esa propuesta. Personas que declararon en relación con este tema, vinculadas a Terpel, afirmaron que la

³⁴ Art. 851. Cuando la propuesta se haga por escrito deberá ser aceptada o rechazada dentro de los seis días siguientes a la fecha que tenga la propuesta, si el destinatario reside en el mismo lugar del proponente; si reside en lugar distinto, a dicho término se sumará el de la distancia.

Junta Directiva de Terpel nunca conoció ninguna de las propuestas formuladas por FGH; y no se puede inferir que la posterior aprobación del negocio con GDO lo demuestra, pues ello implicaría dar por demostrado, precisamente, lo que se quiere probar.

Al respecto la Sra. Sylvia Escovar manifestó:

"DR. PINZÓN: Gracias. ¿En relación con estos hechos. Hasta donde usted recuerda, qué fue considerado por la junta directiva, qué se le informó a la junta directiva, alguna decisión al respecto fue tomada por la junta directiva, alguna autorización que haya impartido la junta directiva, qué sabe usted sobre ese particular?"

"SRA. ESCOVAR. Yo les podría decir que sé todo porque yo creo que he ido a las juntas directivas desde que entré a la Organización, nosotros le informamos a la junta directiva, no solo una vez, sino varias veces, el costo derivado de la capacidad de transporte ociosa que habíamos heredado de Gazel, ellos lo conocían en su totalidad lo que significaba ese riesgo, yo lo llamo un riesgo porque todavía no había llegado, cada vez y de hecho hay que agradecerle a Fabián las gestiones desde Gazel que había corrido ese riesgo a través de los años."

"Ellos no conocieron nada al respecto a Fabián, salvo Bernardo Diner que Fabián muy seguramente llamó porque por eso fue que él se aproximó a mí, la junta no conoció la propuesta que hizo Fabián respecto a esto y al final la junta sí conoció el acuerdo que teníamos con GDO, ese nuevo acuerdo, ese nuevo sistema que involucra una cantidad de contratos a través del cual se mitigaba la contingencia del costo del transporte de gas, ellos lo conocieron y lo aprobaron."

(...)

"SRA. ESCOVAR: Lo que se estaba en ese momento era negociando con GDO, nosotros firmamos el contrato con GDO en diciembre, no sé en qué fecha, pero en diciembre, no se había cerrado, eso se cerró el día que nosotros firmamos varios contratos, de hecho porque unos fueron con Ecopetrol, con TGI, con GDO, eso se debió cerrar en diciembre, o sea que fue antes y antes de pronto una fecha bien importante que sí recuerdo perfectamente, fue el 11 de octubre porque el 11 de octubre le pedimos autorización a la junta para continuar con estas negociaciones con GDO, entonces cuando llevamos a la junta, eso sí ya había pasada y como les digo, cuando llegaron a mi oficina, ya llegaron hablando de renegociación."

Vs.

Organización Terpel S.A.

"DR. CUELLO: Sí, pero la junta en esa fecha del 11 de octubre aprueba la negociación con GDO en los términos en los que se venía adelantando esa negociación que posteriormente, digámoslo así, se solemniza, se lo legaliza en el mes de diciembre sin ninguna modificación?

"SRA. ESCOVAR: Ellos no conocían el contrato, o sea que mal harían en decir que sin ninguna modificación, ellos lo que aprueban es continuar las negociaciones que llevan a mitigar la contingencia que teníamos con el costo, pero ellos jamás conocen los contratos, los contratos nunca se llevan a la junta.³⁵"

Otro funcionario de Terpel, el señor Perea, por su parte, manifestó lo siguiente:

"DR. PINZÓN: ¿Dio la junta directiva de Terpel, sabe usted si le consta y si es así indíqueme al Tribunal por qué, si se le dio alguna instrucción a José Carlos Barreto para que contratara a FGH con el propósito de que ésta la venta de la capacidad ociosa o para que resolviera el problema de la capacidad de alguna otra forma?

"SR. PEREA: No, la junta directiva nunca le pidió a José Carlos contratar a Fabián Gómez, entre otras cosas porque nunca entró en el detalle de decir quién era la persona que tenía que llevar a cabo la gestión, simplemente le mencionó a José Carlos, a la administración la necesidad de solucionar ese problema y la administración a motu proprio definía con quién lo hacía, pero la junta directiva nunca supo de la existencia de Fabián Gómez ni supo de la existencia de FGH S.A.S., ni nunca conoció en detalle la oferta que presentó Fabián ni nunca tuvo conocimiento alguno de que Fabián estaba involucrado en este tema cuando empezaron a generarse los contratos de José Carlos y de Fabián, la junta nunca tuvo conocimiento que era Fabián Gómez la persona que lo iba a hacer.

(...)

"DR. VÉLEZ: Teniendo en cuenta que usted asiste a la junta directiva de Terpel, ¿nos podría indicar si la junta conoció en algún momento las ofertas de 8 y 20 de agosto/12 formuladas por FGH?

"SR. PEREA: No, nunca las conocieron, no tuvo conocimiento de su existencia.³⁶"

Por su parte, el señor José Carlos Barreto, indicó:

³⁵ Testimonio rendido por la Dra. Sylvia Escovar, páginas 7, 8, 9 y 10

Vs.

Organización Terpel S.A.

"DR. VÉLEZ: ¿Podría usted indicarnos si la junta conoció en algún momento las ofertas del 8 y del 20 de agosto/12 formuladas por FGH?"

DR. BARRETO: No las conoció, de hecho ese tipo de ofertas y por ese monto no se llevan a la junta y no las conoció."

Lo que se evidencia en las declaraciones anteriores es que a la Junta Directiva de Terpel se le presentaron las negociaciones que se estaban llevando a cabo con GDO y que se le explicaron cuáles podrían ser sus efectos respecto de la capacidad ociosa que tenía la compañía, aunque sin mencionar que esas gestiones las estaba haciendo FGH SAS a través de su representante legal, Fabián Gómez. Pero dicha presentación se hizo el 11 de octubre, después de que FGH presentara los documentos del 8 y de 20 de agosto; según Terpel la que se aceptó fue la oferta del 20 de agosto, y afirma que no complementa ni modifica la propuesta del 8 de agosto sino que, en su opinión, la reemplaza en su totalidad, punto éste que se analizará más adelante.

En efecto, en el Acta No. 140 de la Junta Directiva de la Organización Terpel puede leerse que: *"Una vez analizada la propuesta, la Junta Directiva aprobó por unanimidad la negociación de terminar el contrato vigente con Gases de Occidente e iniciar uno nuevo con costo adicional en la comercialización. De igual forma, Gases de Occidente suministraría a Terpel el transporte de gas requerido bajo la modalidad "pague lo demandado". Adicionalmente, Gases de Occidente facturaría a Terpel los volúmenes consumidos en las Eds de la zona, bajo la siguiente fórmula: costo del gas+ cargos Cuisiana- Cali en la tarifa más baja vigente a la fecha de liquidación + costos de distribución + costo de comercialización de 0.90 USD\$/KPC que antes no se pagaba. En anterior escenario, permitiría reducir las pérdidas de USD \$59 millones a USD \$23 millones."*

Y también consta en un correo electrónico del 28 de septiembre de 2012³⁷ que Fabián Gómez le envió a José Carlos Barreto una presentación preliminar de la propuesta de GDO y diciendo que, si lo consideraba conveniente, podría incluir esa explicación en la agenda de la reunión de la junta de la Organización Terpel del martes 11 de octubre. También reposa en el expediente un correo electrónico del 8 de octubre de 2012 enviado por FGH al Sr. Barreto donde hace un "breve resumen de los que considero para presentación a junta directiva". El asunto de ese correo es "Info junta Oct 11-12"³⁸. Lo anterior será examinado para otros efectos de este laudo;

³⁶ Testimonio rendido por Daniel Alfonso Perea, páginas 5 y 6.

³⁷ Folio 35 del C. de Pruebas No. 1.

³⁸ Folio 337 del C. de Pruebas No. 1.

pero, para lo que interesa ahora, no demuestra la aceptación de la oferta del 8 de agosto, "...con la observación de que la suma que se proponía como valor de gastos por la gestión ofrecida se manejara como anticipo descontable en la primera factura de los honorarios propuestos, aceptando en su integridad", como se dijo en la demanda (hecho 11).

El apoderado de FGH SAS en sus alegatos de conclusión manifiesta que ello se acredita con las declaraciones del Sr. Barreto, cuando afirma que la propuesta fue discutida, llegándose a convenir que se causaría un anticipo para el desarrollo de la gestión y manifestando la aceptación íntegra de los demás. No menciona en qué aparte específico de las declaraciones soporta su dicho; pero al estudiarlas se evidencia que el Sr. Barreto hace referencia a la oferta del 8 de agosto y al tema del anticipo en una sola ocasión, así:

"DR. PINZÓN: Quisiera que me contara, ¿qué pasa después, que le conste a usted, qué ocurre después con ese documento y particularmente de qué manera se relaciona con otro que tiene como fecha el 20 de agosto que no sé si usted conoce y quisiera que lo pudiéramos examinar también?"

"DRA. MONROY: Folio 20 y siguientes.

*"SR. BARRETO: Sí, efectivamente conozco este documento, el documento fechado a agosto 20 es la oferta por medio de la cual Fabián se muestra interesado en ofrecernos los servicios de intermediación para la venta de gas, este documento entre el 8 y el 30 de agosto debimos obtener varias conversaciones telefónicas, entre otras porque no nos habíamos puesto de acuerdo en la forma en si íbamos a hacer esto con costo fijo o costo variable, si íbamos a tener anticipo o no anticipo y por lo cual se termina constituyendo este como la oferta de agosto 20, una oferta que reemplaza en su totalidad, no modifica ni que complementa la de agosto 8, sino que esta se constituye en la oferta que nosotros recibimos para la intermediación de venta de gas."*³⁹

La lectura de la declaración transcrita basta para concluir que de ella tampoco surge la prueba de la aprobación de la oferta del 8 de agosto ni del simple carácter aclaratorio que tendría respecto de la del 20.

El apoderado de FGH SAS también menciona que el hecho quedó acreditado con correos electrónicos cruzados entre las partes. Sin embargo, en el expediente reposa

³⁹ Testimonio rendido por el Dr. José Carlos Barreto, página 4.

el correo enviado por FGH a José Carlos Barreto el 8 de agosto de 2012 (Folio 1) que adjunta la primera propuesta; y el siguiente correo, en orden cronológico, es del 20 de agosto (Folio 20) mediante el cual FGH SAS envía al Sr. Barreto la oferta de la misma fecha. No se acreditó entonces una correspondencia electrónica cruzada al respecto, sino sólo los correos, de una sola vía, enviados por FGH SAS a Carlos Barreto.

IV. LA OFERTA DEL 20 DE AGOSTO

Está probado que el 20 de agosto FGH SAS envió al representante de GAZEL una oferta. Según FGH SAS esa oferta complementaba la anterior o se estructuraba con ella. Terpel, en cambio sostiene que la del 20 de agosto reemplazó en su totalidad a la propuesta del 8 de agosto. Cuál es la relación entre ambas y qué se probó al respecto?

FGH SAS afirma en la demanda que el día 20 de agosto de 2012 le envió a José Carlos Barreto la oferta mercantil de intermediación para la venta de capacidad de transporte de gas que corresponde a la propuesta enviada el día 8 de agosto de 2012, con el ajuste sugerido por la Junta Directiva. Como ya se señaló, el Tribunal no encontró probado que la Junta Directiva, ni de Gazel ni de Terpel, entre el 8 y el 20 de agosto hubiera conocido las tratativas y propuestas que aquí nos ocupan. A la luz del iter precontractual previo a la formulación de la propuesta de intermediación para la venta de capacidad de transporte de gas natural vehicular del 20 de agosto de 2012, la misma tiene entre sus antecedentes la propuesta enviada el día 8 de agosto de ese mismo año, que es parte de las tratativas; y ese hecho, claro para el Tribunal, admite la posibilidad de acudir a tales tratativas para efectos de determinar el sentido y alcance de la oferta y del contrato que surge de su aceptación, en otras palabras, si ello se requiriera para interpretar la una o el otro; pero no se está aquí ante una oferta integrada por dos documentos, complementario o modificadorio el uno del otro.

FGH afirma en la demanda que entre el 9 y 20 de agosto mantuvo conversaciones telefónicas con José Carlos Barreto, en una de las cuales éste le comunicó que la Junta Directiva de Terpel había aprobado la propuesta remitida por FGH el 8 de agosto con una sola observación: que la suma fija allí prevista se manejara como anticipo descontable en la primera factura de los honorarios propuestos. Organización Terpel, por su parte, afirmó que eso no es cierto y que José Carlos

Vs.

Organización Terpel S.A.

Barreto nunca manifestó aceptación de la totalidad de la propuesta del 8 de agosto de 2012 y que tampoco expresó que la Junta Directiva de Terpel hubiera aprobado dicha oferta, o que lo hubieran autorizado para aprobarla. Frente a la afirmación de que la Junta Directiva aceptó la propuesta del 8 de agosto y que el Sr. Barreto le comunicó esa decisión al Sr. Gómez, el Tribunal reitera que ello no se probó, por lo cual descarta que el origen del segundo documento sea complementar el primero con un ajuste sugerido por la Junta Directiva del destinatario, y pasa a examinar la relación entre ambos documentos con base en su texto.

Al respecto, en su alegato de conclusión Terpel resaltó que basta mirar los dos documentos, es decir, la propuesta del 8 de agosto de 2012 y la oferta del 20 de agosto de ese mismo año para evidenciar que la similitud de una con la otra alegada por FGH SAS no se presenta, y que la oferta presentada por el representante legal de la convocante el día 20 de agosto de 2012 no refleja de ninguna manera que la misma fuera complemento de una oferta anterior, fuera modificatoria de aquella, o que algunos de sus elementos hayan estado consignados en un documento anterior. En su sentir, la propuesta del 20 de agosto contiene todos los elementos constitutivos de oferta, por lo que no hay lugar a afirmar que la misma se complementa con una propuesta anterior, y manifestó que sólo esa oferta fue aceptada, de manera parcial, por la sociedad convocada. Invocó dos pruebas al respecto, la primera el dicho de su propio funcionario, José Carlos Barreto, quien dijo:

"(...) Sí, efectivamente conozco este documento, el documento fechado a agosto 20 es la oferta por medio de la cual Fabián se muestra interesado en ofrecernos los servicios de intermediación para la venta de gas, este documento el 8 y el 20 de agosto debimos obtener varias conversaciones telefónicas, entre otras porque todavía no nos habíamos puesto de acuerdo en la forma que íbamos a hacer esto con costo fijo o costo variable, si íbamos a tener anticipo o no anticipo y por la cual se termina constituyendo éste como la oferta de agosto 20, una oferta que reemplaza en su totalidad, no que modifica ni que complementa la de agosto 8, sino que esta se constituye en la oferta que nosotros recibimos para la intermediación de venta de gas (...)."⁴⁰

El segundo medio de prueba aducido por Terpel sobre este particular es el que llama más la atención del Tribunal para establecer el alcance de la sucesividad de los

⁴⁰ Testimonio rendido por el Dr. José Carlos Barreto, página 4.

documentos, sin perder de vista que, como ya se dijo, el primero no fue ni aceptado ni rechazado dentro del término legal en el que la propuesta, de acuerdo con el artículo 846 del C.Co., conserva su fuerza obligatoria. Se trata de la propia declaración de Fabián Gómez, esto es, del representante legal de la oferente y a quien se dirigió José Carlos Barreto al iniciar las tratativas. En efecto, Terpel ha puesto de relieve que en la comunicación enviada por el Sr. Gómez a Terpel el 10 de diciembre de 2012, éste es claro al señalar que la oferta que dio origen al negocio era la formulada el 20 de agosto, a la cual se remitió sin hacer referencia al envío de un documento adicional anterior que la complementara o modificara parcialmente. En el documento al que se refiere la convocada, Fabián Gómez dice: *"(...) El 20 de agosto de 2012, les envié mi Oferta para la intermediación solicitada, en donde se indican los pasos a seguir, plazo de ejecución, condiciones y resultados y entregables por parte de FGH S.A.S (...)."*⁴¹

Pues bien, esa manifestación, por provenir del oferente, y haber sido emitida en el contexto en el que con posterioridad las partes estaban, precisamente, examinando la operación con GDO para los efectos de su contrato, debe ser considerada seria, en términos de la buena fe con que debe apreciarse su conducta, y en ella, escueta y precisa, deja por fuera de consideración el carácter complementario de los dos documentos y remite al documento del 20 para establecer cuál fue la propuesta irrevocable del oferente. En otras palabras, la oferta está conformada por lo ofrecido el 20 de agosto, y a su texto, preparado por FGH SAS, tenía derecho a atenerse el destinatario. Lo que acaba de precisar el Tribunal no borra los hechos precedentes, es decir, ni la iniciativa de José Carlos Barreto, ni el documento del 8 de agosto, junto con su anexo, pues forman parte del mismo iter precontractual y como tales anteceden el contrato; pero a ellos sólo hay que recurrir si resultara de la aplicación de las normas que rigen la interpretación y la integración de los contratos frente a la aceptación de la oferta y de la ejecución del contrato, asunto que se examinará más adelante, o si fuera necesario remitirse a ellos para entender la formulación de la oferta o su aceptación por parte del destinatario.

En el expediente reposa copia de la propuesta que FGH SAS envió al Sr. Barreto el 20 de agosto⁴², cuyo texto se transcribe a continuación y sobre el cual hay que destacar que las obligaciones correspondientes a los elementos fundamentales y

⁴¹ Folio 69 del C. de Pruebas No. 1.

⁴² Folios 21 a 26 del C. de Pruebas No. 1.

correlativos del negocio, a saber, el servicio ofrecido y la remuneración del mismo, se regulan en forma clara y precisa.

"Barranquilla, Agosto 20 de 2012

Señor

JOSE CARLOS BARRETO

Representante Legal

GAZEL S.A.S.

Bogotá D.C.

Asunto. OFERTA MERCANTIL DE INTERMEDIACIÓN PARA LA VENTA DE CAPACIDAD DE TRANSPORTE DE GAS.

Apreciado señor:

Yo, FABIAN ANTONIO GOMEZ HERAZO, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Barranquilla, identificado con cédula de ciudadanía No. 8.686.871, actuando en mi condición de Representante Legal de la sociedad FGH S.A.S., sociedad identificada con el NIT. 900.533.06-7, con domicilio principal en la ciudad de Barranquilla constituida bajo las leyes colombianas mediante documento privado de fecha 21 de Junio de 2012, estando facultado para ello, como se acredita mediante el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Barranquilla el cual adjunto, (en adelante "EL OFERENTE"), presento a usted en su calidad de Representante Legal de GAZEL S.A.S., en adelante "GAZEL", Oferta Mercantil (en adelante "LA OFERTA"), la intermediación para la venta de capacidad de transporte de gas (en adelante "EL SERVICIO"); oferta que en el evento de ser aceptada por ustedes se regirá por la siguientes condiciones básicas:

PRIMERA. OBJETO: *EL OFERENTE ofrece a GAZEL, ejecutar bajo su exclusivo riesgo y como contratista independiente, con plena autonomía administrativa, técnica y directiva, y utilizando sus propios medios y recursos, el SERVICIO de intermediación para la venta de capacidad de transporte de gas, (en adelante, "EL SERVICIO"), a cambio del pago de la suma fijada en la cláusula séptima de esta oferta.*

SEGUNDA. FECHA DE INICIACIÓN DEL SERVICIO: *De ser aceptada esta oferta, EL OFERENTE deberá iniciar la ejecución de EL SERVICIO a partir de la fecha de la emisión de la orden de compra.*

Vs.

Organización Terpel S.A.

TERCERA. ENTREGA DEL SERVICIO. FGH entregará a GAZEL el documento contractual de venta de capacidad de transporte de gas para su correspondiente firma, acordado con cada cliente.

CUARTA. DURACIÓN. *En caso de ser aceptada esta oferta, el término del negocio jurídico que se configure con su aceptación será de seis (6) meses contados a partir de la emisión de la orden de compra. Este periodo podrá ser prorrogado por mutuo acuerdo.*

QUINTA. OBLIGACIONES DEL OFERENTE- *De ser aceptada esta oferta, EL OFERENTE se compromete con GAZEL a:*

- 1. Ejecutar bajo su responsabilidad todas las labores que sean necesarias para el cumplimiento del objeto del negocio jurídico que surja con ocasión de la aceptación de la presente oferta mercantil, suministrando tanto el personal como los materiales indispensables para ejecución.*
- 2. Seleccionar, contratar, dirigir, controlar y supervisar el personal operativo y técnico necesario para la prestación del SERVICIO controlando su funcionamiento y administración.*
- 3. Cumplir respecto de su personal todas las obligaciones laborales y en materia de seguridad social, como quiera que es quien tendrá la calidad de empleador y patrono del personal con que dispone para prestar los servicios objeto de ésta oferta. Igualmente, se obliga a verificar que las diferentes personas que llegaren a subcontratar, de ser autorizado, se les cumpla por parte de sus empleadores con todas las obligaciones laborales.*

En el momento que se estén incumpliendo por parte de EL OFERENTE alguno de los anteriores compromisos, GAZEL estará facultado para terminar el negocio jurídico que se configure con la aceptación de esta oferta.

PARÁGRAFO: Derecho a auditar. *De ser aceptada esta oferta, con el fin de verificar el cumplimiento de las obligaciones por parte de EL OFERENTE, GAZEL podrá a su discreción auditar e inspeccionar los libros, registros y contabilidad de EL OFERENTE, sin que ello implique deber u obligación.*

SEXTA. OBLIGACIONES DE GAZEL. *De ser aceptada esta oferta, junto con la orden de compra, GAZEL se compromete a:*

- 1. Tener posibilidad de un representante para reuniones con FGH.*
- 2. Entregar formalmente a FGH la relación de capacidad de transporte a comercializar para los periodos 2012-2020.*

Vs.

Organización Terpel S.A.

3. Entregar carta de autorización a FGH para proponer negocios que conlleven a colocar la capacidad de transporte.
4. En caso de requerirse, disponer de un representante de GAZEL para visitar en compañía de FGH al potencial cliente.
5. El pago de EL SERVICIO dentro de los plazos fijados.

SÉPTIMA. VALOR DE LA OFERTA. El valor de EL SERVICIO de esta oferta se establece como una comisión que depende del volumen de capacidad de transporte colocada y el precio a la que es colocada. Este valor se determina de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$\text{Comisión FGH} = \text{Vol.} * \text{Precio} * 12\%$$

Vol.: Capacidad de Transporte Colocada en KPC
Precio: Valor final de venta por cada KPC

OCTAVA. FORMA DE PAGO. Al momento de aceptar esta oferta, GAZEL entregará a FGH la suma de \$30.00.000 (Treinta millones de pesos) como anticipo sobre la primera factura. Durante los primeros 5 días hábiles de cada mes, EL OFERENTE emitirá una factura en la que se liquiden los honorarios causados durante el mes anterior. Radicara la factura, el valor será cancelado dentro de los diez (15) días calendario siguientes. En caso de que no se causen honorarios durante los primeros seis (6) meses, EL OFERENTE devolverá la totalidad del anticipo recibido.

NOVENA. INDEPENDENCIA Y AUTONOMÍA- De ser aceptada esta oferta, EL OFERENTE ejecutará EL SERVICIO ofertado, con sus propios medios, con plena libertad y autonomía técnica, económica y financiera, sin subordinación de ninguna especie con GAZEL. Así mismo EL OFERENTE declara que no es apoderado, ni representante, ni socio o asociado en cuentas en participación con GAZEL y que ni EL OFERENTE ni el personal vinculado a éste, serán tenidos en ningún momento como vinculados laboralmente con GAZEL. En consecuencia, EL OFERENTE asumirá todas las responsabilidades que la ley y que el negocio jurídico que se configure con la aceptación de esta oferta le imponga en relación con el personal propio o afiliado que utilice para la ejecución del SERVICIO, el cual en todo momento será considerado como personal vinculado contractualmente en forma exclusiva por EL OFERENTE y con relación a estas personas no podrá predicarse en ningún momento dependencia o subordinación legal o contractual de ninguna naturaleza con GAZEL. En el evento en que GAZEL se vea obligado a pagar cualquier suma originada en la responsabilidad de EL OFERENTE, éste desde ahora, autoriza a GAZEL para que sin perjuicio de las sanciones legales consagradas a su favor, descuenta el respectivo valor de la suma adeudada a EL OFERENTE.

DÉCIMA. TERMINACIÓN. De ser aceptada esta oferta, el negocio jurídico que se configure con su aceptación, terminará por:

1. Por la expiración del plazo pactado.
2. De común acuerdo entre las partes.
3. Por el cumplimiento de una, varias o todas las obligaciones de EL OFERENTE.
4. Por deficiencia en EL SERVICIO.
5. Cuando se presenten dos (2) o más quejas escritas por parte de GAZEL sobre las cuales no se haya presentado explicación justificada y satisfactoria para GAZEL dentro de los tres (3) días hábiles siguiente a su comunicación.
6. Si EL OFERENTE cede el negocio jurídico que se configure con la aceptación de esta oferta o cualquier derecho o interés en el mismo a otra persona sin autorización previa y escrita de GAZEL.

DÉCIMA PRIMERA. FUERZA MAYOR-: La parte que se vea imposibilitada para cumplir con las obligaciones a su cargo, por el acaecimiento constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, deberá notificar inmediatamente por escrito a la otra parte la causa de su incumplimiento, indicando el tiempo aproximado que se podría tomar en la reanudación de EL SERVICIO. En este caso las partes, de común acuerdo suscribirán un acta donde conste tal evento, pudiéndose suspender temporalmente la ejecución de EL SERVICIO, en el acta se anotará la fecha en que se deberá reanudar EL SERVICIO ofertado.

DÉCIMA SEGUNDA. CESIÓN Y SUBCONTRATO. EL OFERENTE sin la autorización previa y escrita de GAZEL, no podrá ceder el negocio jurídico que surja con la aceptación de esta oferta, ni subcontratar la totalidad ni parte de EL SERVIO objeto del mismo, así como tampoco podrá hacerlo con ninguna clase de interés o derecho económico relacionado con el mismo. En caso de hacerlo sin la autorización de GAZEL, dará lugar a la terminación unilateral del negocio.

DÉCIMA TERCERA. IMPUESTO. El impuesto de valor agregado (IVA) es a cargo de GAZEL. Los demás gastos e impuestos que se ocasionen para la formulación de esta oferta y la ejecución del negocio jurídico que se configure con su aceptación, correrán por cuenta de EL OFERENTE.

DÉCIMA CUARTA. SOLUCIÓN DE CONFLICTOS: Toda controversia o diferencia que surja entre las partes, relativa al negocio jurídico que surja con la aceptación de esta oferta y a su ejecución, cumplimiento, terminación, liquidación e interpretación, que no pueda ser arreglada entre las será resuelta por un Tribunal de Arbitramento

que se sujetará al reglamento y tarifas del centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, de acuerdo con las siguientes reglas.

- a. El Tribunal estará integrado por un árbitro que será designado por las partes de común acuerdo; Si al mes siguiente de la convocatoria del Tribunal, las partes no han designado al árbitro, éste será nombrado por la Cámara de Comercio de Bogotá.
- b. Las diferencias serán resueltas por el Tribunal de Arbitramento que fallará en derecho, en consecuencia, el árbitro designado deberá ser abogado inscrito.
- c. El laudo arbitral será definitivo y vinculante para las partes, de tal forma que podrá hacerse efectivo su cumplimiento, ante la autoridad jurisdiccional competente.
- d. Los honorarios y expensas asociados con el arbitramento serán pagados por la parte que o fuere favorecida.
- e. Los honorarios y expensas asociados con la ejecución del laudo arbitral serán pagados por la parte contra la cual se falle el incumplimiento del SERVICIO.
- f. El Tribunal funcionará en la ciudad de Bogotá.

DÉCIMA QUINTA. NOTIFICACIONES.- Todas las notificaciones relacionadas con la ejecución del negocio jurídico que surja con la aceptación de la presente oferta, serán enviadas a las oficinas que se indican más adelante:

Las notificaciones a GAZEL serán enviadas a:	Las notificaciones a EL OFERENTE serán enviadas a:
Nombre: Carolina Escobar	Nombre: FGH S.A.S.
Dirección: Carrera 7 No. 75-51	Dirección: Carrera 52 No. 98-187 C4.
Ciudad: Bogotá	Ciudad: Barranquilla
Teléfono: (1)3173002 Ext. 1108	Teléfono: (5) 3738249
Fax: (1) 3173002 Ext. 320	Cel. (315) 7219823
Email: carolina.escobar@terpel.com	Email: fabiangomez@fgh.com.co

DÉCIMA SEXTA. ACEPTACIÓN DE LA OFERTA.- Constituye aceptación de la oferta y de todas las condiciones aquí estipuladas, la emisión de la orden de compra. La presente oferta deberá ser aceptada mediante la correspondiente oferta de compra dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la fecha de su entrega.

DÉCIMA SEPTIMA. CONFIDENCIALIDAD: De ser aceptada esta oferta, GAZEL y EL OFERENTE deberán guardar reserva sobre las informaciones y documentos que en desarrollo del contrato que se configure con su aceptación tengan conocimiento por el término de tres (3) años contados a partir de la fecha de la orden de compra mediante la cual se acepte. EL OFERENTE se obliga a no divulgar información alguna sobre las etapas previas a la presentación de esta oferta en la que tuvo oportunidad

de conocer información de GAZEL o del contrato que se configure mediante su aceptación, salvo aquellos casos en que por disposición legal deba suministrar tal información a las autoridades competentes, caso en el cual deberá informar de manera inmediata a GAZEL la revelación de dicha información, con el fin de que ésta tome las medidas necesarias para evitar su revelación.

DÉCIMA OCTAVA. CUMPLIMIENTO DE LAS DISPOSICIONES DE ÉTICA EMPRESARIAL DE GAZEL S.A.S. Ningún representante, empleado, contratista o agente de EL OFERENTE o GAZEL dará o recibirá comisión, honorario, descuento, regalo como consecuencia de la aceptación de la presente oferta, a algún empleado o representante del otro; b) ni negociará con ningún empleado o representante de EL OFERENTE o GAZEL en beneficio propio. EL OFERENTE y/o GAZEL dará aviso al otro inmediatamente, acerca de cualquier infracción de la presente cláusula.

De igual forma, ni EL OFERENTE ni GAZEL ni ningún empleado, representante o subcontratista de estos harán pago alguno o darán nada de valor a funcionario de algún gobierno y organización internacional de carácter público, (incluyendo cualquier funcionario o empleado de cualquier entidad pública, división, agencia, unidad administrativa especial o mecanismo legal a través de la cual es gobierno actúe) para influenciar la decisión de dicho ente o persona u obtener ventaja para EL OFERENTE o GAZEL en relación con la ejecución del contrato que se configure de la aceptación de esta oferta. La parte que tenga conocimiento de estos hechos notificará de inmediato a la otra Parte sobre la infracción de la presente cláusula, lo cual dará derecho a la terminación del contrato que se configura de la aceptación de esta oferta, así como de cualquier otro contrato que exista entre las Partes, sin lugar al pago de indemnización alguna.

DÉCIMA NOVENA. CONFLICTO DE INTERESES: Que con la presentación de esta Oferta y de ser aceptada por GAZEL, EL OFERENTE entiende por conflicto de interés cualquiera o ambas de las siguientes dos (2) situaciones: (i) aquella derivada de la imposibilidad de satisfacer simultáneamente dos intereses, a saber el radicado en cabeza de GAZEL y el de un tercero con el mismo objeto social de GAZEL o que desarrolla una actividad igual o similar a éste y/o (ii) aquella situación derivada de la imposibilidad de satisfacer simultáneamente dos intereses, a saber el radicado en cabeza del administrador de una sociedad, conforme este término se encuentra definido en la ley y el de la sociedad que administra. De acuerdo con lo anterior, de ser aceptada esta Oferta, el OFERENTE declara bajo la gravedad de juramento lo siguiente:

1. *Que ni EL OFERENTE ni sus socios, representante(s) legale(s), directores, miembros de junta directiva poseen vínculos de consanguinidad hasta el cuarto (4to) grado, o de afinidad hasta el segundo (2do) grado o primero (1ro) civil con algún (algunos) representante(s) legal(es) o miembro(s) de Junta Directiva de GAZEL S.A.S. ni durante la etapa de negociación previa a la presentación de esta Oferta, ni a su presentación por EL OFERENTE, ni se incumplirá durante la ejecución del negocio jurídico que surja de su aceptación, liquidación o terminación ni en ninguna otra relación que haya tenido o tenga con GAZEL.*
2. *Que de estar incurso en una situación de conflicto de interés, éste hecho fue previo a la presentación de esta Oferta, dirigido por escrito a la Gerencia de Compras de GAZEL.*
3. *Que en caso de que EL OFERENTE o sus representante(s) legal(es), directores o miembros de junta directiva, en cualquier tiempo, se encuentren incursos en algún conflicto de interés, no habiendo dado previamente notificación correspondiente, EL OFERENTE autoriza a GAZEL a dar por terminado el negocio jurídico que se configure mediante la aceptación de esta Oferta.*

Cordialmente,

FABIAN ANTONIO GOMEZ HERAZO

C.C. 8.686.871

Representante Legal

FGH S.A.S."

Hay que partir de la base de que en respuesta a la iniciativa del funcionario de Gazel, Fabián Gómez decidió, en nombre de FGH SAS, ofrecer sus gestiones en los términos de las dos propuestas que él juzgó conveniente formular; y como él mismo, según se indicó, se ha referido al documento del 20 de agosto como el contenido de "mi oferta", a su propio dicho se atiene el Tribunal, pues debe entender que la envió una vez que transcurrió el término legal dentro del cual la primera, la del 8 de agosto, conservó su fuerza obligatoria (C.Co., art. 846) y que los cambios que existan entre ambas deben ser entendidos como expresión de su voluntad libre de obligarse frente al proponente en los términos de la segunda.

En cuanto a la afirmación que hizo la sociedad demandante en el hecho No. 12 de su demanda, consistente en que la oferta del 20 de agosto corresponde a la propuesta del 8 del mismo mes con un ajuste sugerido por la junta directiva de Terpel, se tiene que no se comprobó –según se ha dicho ya- que la Junta Directiva de la Organización Terpel hubiera conocido la propuesta presentada por FGH SAS el

8 de agosto, de manera que no se puede considerar probado que la oferta del 20 de agosto tuviera por objeto un ajuste sugerido por una Junta que no tuvo conocimiento de dicha propuesta; y es a eso a lo que apuntan las citadas declaraciones del Sr. Barreto al afirmar que la oferta del 20 de agosto no modificaba ni complementaba la del 8 de agosto, sino que la primera remplazó a la última por completo. Veamos:

"DR. PINZÓN: El 8 de agosto/12 don Fabián remitió a la Organización Terpel un documento relacionado con este tema, ¿usted lo conoció?"

"SR. BARRETO: Sí señor.

(...)

"DR. PINZÓN: Quisiera que me contara, ¿qué pasa después, que le conste a usted, qué ocurre después con ese documento y particularmente de qué manera se relaciona con otro que tiene como fecha el 20 de agosto que no sé si usted conoce y quisiera que lo pudiéramos examinar también?"

"DRA. MONROY: Folio 20 y siguientes.

"SR. BARRETO: Sí, efectivamente conozco este documento, el documento fechado a agosto 20 es la oferta por medio de la cual Fabián se muestra interesado en ofrecernos los servicios de intermediación para la venta de gas, este documento entre el 8 y el 20 de agosto debimos obtener varias conversaciones telefónicas, entre otras porque todavía no nos habíamos puesto de acuerdo en la forma en si íbamos a hacer esto con costo fijo o costo variable, si íbamos a tener anticipo o no anticipo y por lo cual se termina constituyendo este como la oferta de agosto 20, una oferta que reemplaza en su totalidad, no que modifica ni que complementa la de agosto 8, sino que se constituye en la oferta que nosotros recibimos para la intermediación de venta de gas.

(...)

"DR. CUELLO: En relación con el documento que se le exhibió que obra a folio 16 sobre la propuesta de comercialización, hay un aspecto o hay dos aspectos allí contemplados que son la metodología y los resultados entregables, ¿exactamente sobre esos puntos hubo alguna observación de parte de la organización Terpel?"

"SR. BARRETO: ¿Podría ver el documento?"

"DR. CUELLO: Por eso le hice mención, es folio 16.

"SR. BARRETO: Me preguntaba sobre esto.

"DR. CUELLO: Metodología, resultados y entregables.

"SR BARRETO: Lo que está aquí en el folio 16 fue la oferta preliminar de agosto 9, lo que está en ella consignado para nosotros no es relevante porque fue una oferta preliminar, fue reemplazada en su totalidad por la del 20, para mí el contenido de esta oferta no tiene absolutamente ningún interés.

"DR. PINZÓN: Recuerdo que yo le hice alguna pregunta sobre la relación de esos documentos al testigo al comienzo de la declaración, entonces sobre esa base puntualizar los aspectos que usted quiere precisar.

"DR. CUELLO: Entonces es lo mismo, pero es que es el documento que se repite a folio 20, es el mismo documento pero a folio 20.

"SR. BARRETO: ¿Qué cláusula exactamente usted me ...?

"DR. CUELLO: Sobre la metodología y resultados entregables.

"SR. BARRETO: Es que no tiene la misma redacción, la que tenía metodología y resultados entregables era la de agosto 20, esta no tiene esos mismos títulos, esta está hecha por cláusulas.

"DR. CUELLO: Se estructura con la otra.

"SR. BARRETO: No, no se estructura con la otra.

"DR. CUELLO: La que obra a folio 16 se complementa con lo que obra a folio 20 fue la pregunta que hizo el señor Presidente.

"DR. PINZÓN: Entonces formularlo como pregunta, si hay una complementación entre los dos documentos o no, hasta donde usted sabe.

"SR. BARRETO: No, no existe una complementación, para nosotros la oferta es la de agosto 20, la oferta de agosto 9 no tiene para nosotros ninguna validez por cuanto a que esta no la está complementando, no la está reemplazando de cláusula, es la

oferta, la de agosto 9 para nosotros queda totalmente invalida y sobre esta oferta es la que nosotros actuamos y referimos y sobre esta es que referimos la orden de compra.⁴³

En el interrogatorio de parte, en una de sus respuestas Fabián Gómez hizo referencia a la propuesta del 8 de agosto diciendo:

"DR. PINZÓN: ¿Una negociación entre quienes y desde qué momento, una negociación de EPM y entre quién?

"SR. GÓMEZ: No, la negociación con EPM yo le explico si le amplio desde el principio.

"DR. PINZÓN: Sí, por favor.

*"SR. GÓMEZ: Cuando yo recibo la carta de autorización, recibo de Gazel la carta de autorización para negociar las cantidades sobrantes, sabía que la orden de compra estaba en trámite, que el anticipo estaba en trámite, dije, voy a estudiar el negocio en sí, mire el negocio y miro donde estaban las capacidades ociosas, cualquiera que hace el ejercicio de esa hoja electrónica, aproximadamente el 60% estaba concentrado en volúmenes en el Valle del Cauca y el otro 30% estaba considerado en Ballenas Sebastopol esos dos clientes potenciales eran la parte donde una debía priorizar esfuerzos y en efecto así se hizo y en efecto lo propuse **el 8 de agosto** en mi propuesta, términos de referencia y cuando se adelantó el contrato también se hizo así, hago el contrato con EPM y con EPM hay dos cosas que es importante aclarar y que no logra uno en unos hechos y en unas cosas poner en detalle. (...)"⁴⁴*
(El resaltado no es de la transcripción.)

Ya ha expuesto el Tribunal cómo el propio señor Gómez se refirió en diciembre al documento del 20 de agosto, de manera que en atención a lo dicho por él en esa oportunidad se atenderá a lo propuesto en ese documento como manifestación irrevocable de voluntad del oferente. Esto significa que recurrir o no, y en qué forma, al documento del 8 de agosto se considerará, más adelante, según ya se indicó, lo cual depende de si resulta o no necesario para interpretar o integrar el contrato a la luz de la posterior aceptación de la propuesta y de la ejecución del contrato. La transcrita referencia de Fabián Gómez al documento del 8 de agosto en el interrogatorio de parte, entonces, no cambia lo expuesto por el Tribunal en cuanto a la consideración de la oferta del 20 de agosto.

⁴³ Testimonio rendido por José Carlos Barreto, páginas 4-13 y 14

Por último, el Tribunal, al reparar en la comparación textual de los documentos encuentra que la propuesta presentada el 8 de agosto tiene un objeto más general que aquel de la del 20, ya transcrito. En efecto, en la oferta del 8, el mismo consistía en *"comercializar total o parcialmente los excedentes de la capacidad de transporte contratada en el gasoducto del interior, declarados por la OT en el horizonte 2012-2020"*. La propuesta enviada el 8 de agosto constaba de un primer subtítulo llamado "Contexto" en el que se hace referencia al hecho de que la demanda de gas natural vehicular fue mucho menor de la esperada, a que la mayoría de los contratos de la Compañía se encontraban bajo la modalidad "paga lo contratado" y en el que se pone de presente la necesidad de identificar oportunidades de comercialización de capacidad ociosa. En el segundo subtítulo, "Objetivo" se estipula que consiste en comercializar total o parcialmente los excedentes de la capacidad de transporte contratada en el gasoducto del interior, declarados por la OT para los años 2012-2020. Como "Metodología", se afirma que será necesario llevar a cabo un análisis de mercado, luego acercamientos con potenciales clientes, determinar la propuesta, solicitar la aprobación de OT para ofrecer el modelo de negocio. Luego viene un subtítulo llamado "Resultados y Entregables", y dentro de "Otros Aspectos" menciona la necesidad de que OT entregue formalmente a FGH, al momento de aceptar esa propuesta, los excedentes de capacidad a comercializar para los períodos 2012-2020, además de entregar carta de autorización a FGH para proponer negocios que conlleven a colocar la capacidad ociosa. Por último hace referencia a los honorarios determinando un valor fijo de \$30.000.000 y una prima de éxito que se determinará con la aplicación de la siguiente fórmula:

*"Prima de éxito: Honorarios FGH= Vol.*Precio*12%
Vol.: Capacidad de Transporte Colocada en KPC
Precio: Valor final de venta por cada KPC."*

No cabe duda de que esta propuesta se explica en función de la tratativa que la antecede, y a ello obedece el carácter general o amplio que se significa con el citado objeto consistente en *"comercializar total o parcialmente los excedentes de la capacidad de transporte contratada en el gasoducto del interior, declarados por la OT en el horizonte 2012-2020"*. Y es claro que con dicho objeto general o amplio, esto es, con la gestión de **comercialización en general** guarda relación directa el documento adjunto a la misma, que delineaba o preludiaba el negocio con GDO, que reposa en el

⁴⁴ Interrogatorio de Parte rendido por el Dr. Fabián Gómez Herazo, páginas 7 y 8.

expediente, y cuyo texto y remisión simultánea con la oferta del 8 de agosto no fue controvertida.

En la oferta presentada el 20 de agosto de 2012, en cambio, FGH SAS fue más específico al estipular el servicio ofrecido como la intermediación **para la venta** de capacidad de transporte de gas. En ella determina la fecha de iniciación del servicio, la entrega del servicio y la duración del mismo. Además, señala las obligaciones del oferente en caso de que la oferta sea aceptada y el derecho que le asiste a Gazel para auditar e inspeccionar libros, registros y contabilidad del oferente, con el fin de verificar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el oferente. Estipula cláusulas de independencia y autonomía, terminación, fuerza mayor, cesión y subcontratación, impuesto, solución de conflictos, notificaciones, aceptación de la oferta, confidencialidad, cumplimiento de las disposiciones de ética empresarial de Gazel SAS y conflicto de intereses. Así mismo determina las obligaciones de Gazel en caso de que se dé la aceptación de la oferta, cuál es el valor de la misma y la forma de pago, ya transcrita.

Puede decirse que las dos propuestas tienen como finalidad última aportar soluciones al problema de capacidad ociosa que aquejaba a Terpel desde hacía ya varios años; la generalidad de la primera propuesta apunta a ese objetivo empresarial y a ese resultado económico. Pero aunque en ambas se prevé el mismo sistema de remuneración, no tienen la misma extensión en lo referente al modo de obtener dicho resultado: la propuesta del 8 de agosto prevé que en virtud de ella se comercializaría total o parcialmente el excedente de capacidad de transporte, mientras que el objeto de la oferta del 20 de agosto fue prestar el servicio de intermediación para la venta de capacidad de transporte de gas. Hay que entender que, en los términos de la primera, la comercialización de los excedentes de capacidad de transporte podría darse mediante cualquier figura jurídica adecuada a la obtención de ese resultado, mientras que cuando en la segunda se dice que se va a intermediar la venta de capacidad de transporte, se especificó cuál es el medio jurídico típico a gestionar para obtener el resultado al que genéricamente alude la oferta anterior, que no fue ni aceptada ni rechazada en tiempo, por lo cual perdió su fuerza obligatoria.

El Tribunal infiere que esa diferencia, que los lógicos explican, en los términos del célebre "árbol de Porfirio", como la diferenciación específica dentro de un género próximo, es producto de una intención deliberada del oferente, pues hay que referir

la interpretación acorde con la eficacia de la declaración; y en apoyo de esa apreciación observa cómo esa especificación le otorga mayor precisión a la referencia al precio en la fórmula de determinación de la remuneración a favor de FGH SAS, que era la misma en ambas propuestas. Ello porque la referencia a una "venta", y no a la comercialización a cualquier título, brinda claridad al respecto, pues un comprador compra por un precio determinado o determinable, elemento esencial del contrato de venta (C.Co., art. 905), la capacidad de transporte sobrante objeto de "venta". Esta comparación permite reafirmar el peso dado por el Tribunal al transcurso del término legal previsto para la aceptación o rechazo de las propuestas y al propio dicho del señor Fabián Gómez en diciembre, y concluir que la propuesta del 8 de agosto, junto con su anexo, en el cual se delinea o preludia la operación con GDO, es, sí, un antecedente de la oferta del 20 de agosto; pero no está probado ni hay por qué concluir que dicho documento sea complementario de la oferta del 20, la cual se bastaba a sí misma para ser comprensible en su formulación y para ser aceptada, como que en ella se determinaron los elementos esenciales del negocio propuesto, a saber, el servicio que se ofrecía y la remuneración del mismo, existiendo entre ambos elementos esenciales una conexión lógica muy clara entre la venta de la capacidad ociosa a gestionar y el precio de dicha venta, que es un factor indispensable para determinar la remuneración propuesta para sí por FGH SAS.

Lo dicho significa, entonces, que la oferta del 20 de agosto contiene los términos de la declaración de voluntad vinculante del proponente, FGH SAS. Pero ello no significa que en el momento de la ejecución del contrato surgido de la aceptación de la oferta y en consideración de la operación realizada entre GDO y Terpel no sea posible acudir a los antecedentes de dicha oferta, formados por las tratativas y por la oferta del 8 de agosto, si ello se requiere para establecer el alcance de la gestión encomendada a FGH SAS.

Cuando una persona decide en forma libre entrar en contacto con otra con eventuales fines negociales, como lo hizo en este caso el funcionario de Gazel en una conducta que, como se verá, es imputable a la sociedad que representaba, la trascendencia jurídica de esa conducta le impone deberes de corrección y seriedad, acordes con la confianza con que las leyes buscan rodear el tráfico jurídico al establecer la responsabilidad precontractual, en los términos del citado artículo 863 del C.Co. En principio, esa responsabilidad es ajena a la que puede surgir con ocasión de un determinado contrato, y por eso la jurisprudencia la ha considerado

"extracontractual" (calificativo no exento de discusión, pues en esa clase de situaciones el eventual perjuicio a reclamar no es el origen de la relación entre demandante y demandado, sino que éste descansa en la tratativa propiamente dicha, que es una relación concreta entre ellas que no es un contrato pero que también es distinta de la que surge con el incumplimiento del deber genérico de no dañar injustamente a otro). Pero cuando esas tratativas conducen a la formación de un contrato, las mismas resultan relevantes para el examen jurídico de la conducta de los contratantes y de lo pactado por ellas, todo ello en el ámbito de la denominada responsabilidad contractual.

Y cuando una persona, como en este caso lo hizo FGH SAS, ante la iniciativa precontractual de otro, decide, libremente también, y ante el silencio que siguió a su primera oferta, formular una segunda oferta, contrae a su vez los deberes de corrección y seriedad propios del contenido normativo de la buena fe, unidos a la irrevocabilidad propia de la oferta, que, de acuerdo con la ley, es una manifestación unilateral de voluntad mediante la cual es él mismo quien define el alcance de su compromiso, al formular, "(...) *el proyecto de negocio jurídico*", como se dice en el artículo 845 del C.Co, norma ésta que exige que la oferta, para ser tal, contenga los elementos esenciales del negocio ofrecido.

Cabe señalar que la doctrina local ha sugerido que, más que a referencias doctrinales que apunten a la distinción tripartita entre hecho, acto y negocio jurídico, nociones éstas que, a diferencia del contrato, carecen de definición legal en Colombia (distinción no exenta de discusión al interior de las "familias" que cabe distinguir en el derecho privado continental europeo), el "negocio" al que alude la ley al regular el contenido de la oferta, razonablemente puede entenderse en una acepción más cercana al mundo de los empresarios, esto es, el de los "negocios", en el cual ellos no siempre se expresan con precisión legal ⁴⁵; pero usualmente con claridad en lo referente a sus objetivos y propósitos legítimos, que es al servicio de los cuales el orden jurídico pone en movimiento sus instituciones, claridad que perfectamente puede darse sin necesidad de que los interesados usen expresiones que poseen un sentido legal preciso. En todo caso, si se toma la tercera acepción

⁴⁵ Con buen tino, teniendo en mente la concepción del "negocio jurídico" propia del derecho europeo continental, que incluye manifestaciones unilaterales de voluntad, en nuestro medio el profesor Jorge Oviedo Albán ha considerado que la oferta prevista en el C. Co. lo que tiene por objeto es la propuesta de un "contrato", y que "En consecuencia, la aludida expresión "negocio jurídico" no fue correctamente utilizada por el legislador colombiano, que tal vez tuvo en mente referirse al proyecto de "negocio" en un sentido económico" Oviedo

de la palabra "negocio" que trae el Diccionario de la Real Academia Española, según la cual significa *"Aquello que es objeto o materia de una ocupación lucrativa o de interés"*, o la acepción jurídica que éste trae, y según la cual se trata de un *"Acto de una o más voluntades que pretende algún efecto jurídico reconocido por la ley"*, a la hora de interpretar la propuesta de un "negocio", tanto si incluye o no expresiones con un sentido legal preciso, es labor de los jueces desentrañar el sentido y alcance legal del "contrato" ofrecido, teniendo en cuenta la definición del mismo prevista en el artículo 864 del C.Co. Y al hacerlo debe tener en cuenta: que en el negocio propuesto, típico o atípico, además de elementos esenciales, es apenas normal y previsible que existan elementos naturales y, sobre todo, accidentales, entendiendo tales voces de acuerdo con el sentido legal que se les asigna en el artículo 1501 del Código Civil; y que es el proponente quien, en consideración a las tratativas iniciadas por el destinatario de su oferta, decide a qué está dispuesto a comprometerse, y que en función de ello es él quien plasma su decisión en dicha oferta o propuesta de "negocio jurídico".

Esa carga de corrección y seriedad es significativa cualquiera que sea la concepción que se tenga del negocio jurídico. Para lo que aquí interesa, **dicha carga de seriedad implica para el proponente ser diligente en lo referente a la precisión y claridad en la forma de plantear las obligaciones y derechos que se derivan de la oferta.** Y teniendo en mente la existencia de dos documentos, el del 8, no aceptado ni rechazado en tiempo, y el del 20 de agosto, ambos elaborados por FGH SAS, se deben examinar los siguientes aspectos: a) cómo se configuró la oferta y cuál era el objeto de la gestión ofrecida por FGH SAS; b) el sistema de remuneración en ella previsto; y c) la aceptación de la propuesta, teniendo en cuenta lo previsto en ella en relación con la formulación de una orden de compra por parte de GAZEL, y la entrega a FGH SAS de la carta de presentación y del informe sobre capacidad ociosa, documentos de los cuales fue provisto para las negociaciones con terceros. Los dos primeros asuntos se refieren, nada menos, que a los dos elementos esenciales del "negocio" ofrecido, y de ahí la relevancia de determinar: i) si lo encomendado a FGH SAS consistía, como lo afirma Terpel, en gestionar una "venta" y nada más que en una venta de capacidad, o si cobijó, como lo afirma FGH SAS, la gestión de la operación llevada a cabo entre GDO y Terpel; y ii) si la fórmula de remuneración estipulada cobija o no la gestión de esa operación.

Albán, Jorge, La Formación del Contrato (Tratos Preliminares, Oferta, Aceptación), Ed. Temis, Universidad de la Sabana, Bogotá, 2008, ps. 36-37.

Y el Tribunal debe establecer cómo se configuró la oferta, asunto sobre el cual discrepan las partes.

Nadie está obligado a ofrecer un negocio como respuesta a una tratativa; pero si decide hacerlo, y decide hacerlo dos veces, ante el hecho de que su primera oferta no fue respondida en tiempo, la buena fe a que se hecho referencia aquí exige que la formulación de una oferta se lleve a cabo con la seriedad y corrección que exige la protección de la confianza en el tráfico, sin perjuicio de que en este caso la situación jurídicamente relevante fue iniciada por quien provoca la oferta. Y eso significa que el proponente debe ser diligente al formular su oferta, esto es, hacerla con precisión y seriedad, pues a ella se atiene el destinatario quien, a su vez, si decide aceptarla, queda entonces vinculado con el oferente en los términos en que éste último la ha formulado. La recepción de una oferta no obliga al destinatario a su aceptación, pues el único vinculado a una oferta, dado su carácter unilateral, es quien la formula (C.Co., art. 845); pero cuando la propuesta de negocio jurídico tiene su razón de ser o causa en el hecho consistente en que ha sido el destinatario quien ha dado lugar a ella al iniciar una tratativa, como ocurrió en este caso en atención a la iniciativa del funcionario de GAZEL, la aceptación, rechazo, o, también, la aceptación condicionada o extemporánea (que corresponden según la ley a una nueva propuesta), deben también darse en forma ajustada a los ya citados cánones de seriedad y corrección derivados del carácter normativo de la buena fe, que le imponen tener en cuenta que la causa de la oferta radica en los tratos preliminares iniciados por el ahora destinatario.

Esas consideraciones se traducen en que la buena fe impone, en cabeza de FGH SAS, como oferente, una carga de precisión en la formulación de la oferta a la cual se atiene el destinatario al aceptarla, aceptación ésta que también exige en GAZEL el cuidado propio de quien contrae obligaciones, máxime si la oferta recibida obedece a una iniciativa contractual suya.

Cuando una persona capaz adopta libremente comportamientos o profiere declaraciones con implicaciones jurídicas, asume obligaciones y deberes (que pueden ser concomitantes o posteriores a su actuar) que son adicionales al contenido de una oferta o de un contrato y que pueden aplicarse también durante la etapa precontractual; ello porque la preservación de la confianza⁴⁶ y la exigencia de

⁴⁶ Crf. Larenz, Karl. Derecho Civil. Parte General. Edersa, Madrid, 1958. Pág. 59.

corrección⁴⁷ confluyen en la construcción del principio normativo de la buena fe contractual, como lo señala con suficiencia la mejor doctrina al desarrollar los aspectos subjetivo y objetivo de la misma⁴⁸, principio sobre el cual también se ha precisado cómo, *"...es en cierto sentido...una rectificación de la doctrina clásica, para ampliarla de modo que la buena fe sea considerada con toda propiedad el fundamento constante, inmanente, del contrato"*⁴⁹. Esa afortunada figura de la "inmanencia" del principio, lleva al citado profesor Cubides, más que a referirse a "deberes secundarios", a las actitudes o deberes "principalísimos y esenciales" impuestos por la buena fe, y a incorporar ésta *"...a la realización del objeto de la prestación, que (...) está constituido por las expectativas concretas de las partes. Podría decirse que en la etapa de la ejecución del contrato la buena fe informa, modula, encauza el cumplimiento de las prestaciones, tal como en la etapa precontractual lo hace con la conducta de las partes orientada al perfeccionamiento de contrato o en la etapa poscontractual con la preservación de la indemnidad de quienes fueron contratantes."*⁵⁰

Desde un punto de vista objetivo, que es el relevante en este proceso, la buena fe tiene un contenido normativo que constituye el parámetro de conducta que sirve de base legal para la imposición de obligaciones, además de las expresamente pactadas por los contratantes y de las que, por estar previstas en la ley, se incorporan en todo contrato legalmente celebrado (Ley 153 de 1887, art. 38); tal es el sentido y alcance, en materia contractual, del principio de la buena fe consagrado en los artículos 1603 del Código Civil (en adelante, "C.C.") y 871 del Código de Comercio, en adelante "C. Co."⁵¹. Ese principio de la buena fe objetiva, como canon normativo

⁴⁷ "La buena fe es una forma de tratar con la contraparte de un contrato, con honestidad y decencia". Fried, Charles. La Obligación Contractual. El Contrato Como Promesa. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1996. Pág. 111.

⁴⁸ En lo que atañe a las diferencias existentes entre la buena fe objetiva y la buena fe subjetiva, se ha señalado que. "(...) una extiende o aplica una regla de conducta; la otra facilita una legitimación o configura una titularidad con base en aquella conducta (valorando la intención del sujeto, o su creencia o error), con lo que su función es distinta, a pesar de su unidad de origen y, por ello, difieren también al forma de su instrumentación, presentando aspectos diferentes que se compaginan con las dos formas que tiene de presentarse el derecho, como una normativa y como una facultad". De Los Mozos, José Luis. Derecho Civil. Métodos, Sistemas y Categorías Jurídicas. La Buena Fe en el Título Preliminar del Código Civil. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1988. Pág. 230.

⁴⁹ Cubides Camacho, Jorge "Los deberes de la buena fe contractual", en Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI- Derecho Privado, Tomo IV, Vol I, Pontificia Universidad Javeriana-Ed. Temis, Bogotá, 2010, p. 249.

⁵⁰ Ídem, p.250.

⁵¹ En relación con este asunto, la doctrina nacional ha manifestado que "Tradicionalmente han existido dos concepciones acerca de la buena fe. por una parte, una primera aproximación al concepto nos indica que la buena fe es la creencia que tiene un sujeto de que la conducta que ejerce o ejecuta es honrada, sin tacha pues considera que la misma está ajustada al ordenamiento; por otra parte, señala que la buena fe es equivalente a la honradez, corrección o rectitud con la que una persona debe actuar en el tráfico jurídico". Solarte, Rodríguez Arturo. La Buena Fe Contractual y los Deberes Secundarios de Conducta. Pág. 287. Disponible en. <http://www.iaveriana.edu.co/iuridicasioub/rev/documents/7Solarteult.pdf>.

de corrección y lealtad contractual, se manifiesta en los denominados deberes secundarios de comportamiento, exigibles en función de la naturaleza de lo contratado además de lo expresamente pactado por los contratantes. En efecto, en nuestro medio se ha dicho que *"Dentro de este contexto, el carácter orgánico de la relación también se manifiesta en que al lado de las relaciones obligacionales en sentido estricto, existen otros deberes jurídicos que se denominan "deberes secundarios de conducta", "deberes colaterales", "deberes complementarios" o "deberes contiguos" tales como los de información, protección, consejo, fidelidad o secreto, entre los más relevantes, que aunque no se pacten expresamente por las partes, se incorporan a los contratos en virtud del principio de buena fe (...). Los deberes a los que estamos haciendo alusión, dado que tienen como finalidad la realización del interés común perseguido por las partes, son impuestos tanto al acreedor como al deudor de la relación obligatoria, pero es en relación con la actividad de este último, en la que encuentran un mayor desarrollo. Su carácter secundario o complementario se predica de la ejecución o cumplimiento del deber de prestación, que, en todo caso, se sigue considerando como la finalidad principal perseguida por las partes"*⁵².

Y en cuanto a la observancia de esos deberes secundarios, no sólo durante la ejecución del contrato, sino también durante las etapas anteriores a ella, se ha advertido que *"La buena fe que debe actuar durante los tratos preliminares, es decir, en la fase de formación del contrato, en cuanto que con la iniciación de éste se establece entre una y otra parte —aunque no hayan llegado todavía a ser deudor y acreedor— un particular contacto social, una relación de hecho basada en la recíproca confianza. En tal relación de hecho entran en juego las reglas de corrección y entra en vigor, no sólo el deber de lealtad en el negociar, sino, también, obligaciones específicas que pueden ser de información, o de aclaración, en razón a la posibilidad de que la esfera de intereses de la otra parte resulte perjudicada como consecuencia de la omisión de las informaciones y aclaraciones debidas"*⁵³. Se ha dicho con razón que *"(...) en cuanto relación jurídica, la relación obligatoria posee una indudable naturaleza orgánica. Es- como dice Larenz- un "organismo" o un "proceso social". Es, en suma, una situación vital institucionalizada. De ello deriva el que todos los derechos, facultades, deberes, cargas, etc., aparezcan orgánicamente agrupados en torno a la relación. **Una relación obligatoria es, en suma, la total relación que liga, por ejemplo, a un vendedor con un comprador, a un arrendador con un arrendatario, a un mandante con un mandatario, etc. No es exclusivamente el derecho de un contratante a exigir y el deber del otro a***

⁵² Solarte, Rodríguez Arturo. La Buena Fe Contractual y los Deberes Secundarios de Conducta. Págs. 304 y 305. Disponible en http://www.iaveriana.edu.co/iuridicas/pub_rev/documents/7Sola_rteult.pdf.

⁵³ Emilio Betti. Teoría General de las Obligaciones, Trad. José Luis de los Mozos, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Tomo I, 1969, p. 110.

realizar una prestación-el resaltado no es del texto⁵⁴. Ese carácter orgánico o integral que destaca Díez Picaso de la mano de Larenz es el que, precisamente, impone examinar la conducta precontractual y contractual como un todo.

En este caso, las consideraciones anteriores deben tenerse presentes para examinar si la gestión por parte de FGH SAS de la operación entre GDO y Terpel que había sido delineada en el anexo de la oferta del 8 de agosto corresponde o no a la ejecución del contrato entre ella y Gazel/Terpel que surgió de la aceptación de la oferta del 20 de agosto y, por ende, si da derecho o no a la remuneración prevista en él.

V. LA ACEPTACIÓN DE LA OFERTA

Se discute en el proceso en qué forma Terpel aceptó la propuesta de FGH SAS. La convocante sostiene que lo narrado en los hechos 13, 14 y 15 de la demanda demuestra que la oferta mercantil formulada el 20 de agosto de 2012 fue objeto de aceptación tácita por parte de Terpel, toda vez que: i) el suministro de información relacionada con las capacidades contratadas, nominadas y la capacidad ociosa por tramo hasta el 2020, por parte de funcionarios de Terpel, al representante legal de FGH SAS, se llevó a cabo cuatro días después de formulada la oferta; ii) la expedición de la carta de autorización para proponer negocios a fin de colocar la capacidad ociosa de transporte, también ocurrió antes de la emisión de la orden de compra; y iii) ambos son hechos inequívocos de la ejecución del contrato propuesto. De ahí que, según la demandante, se esté en presencia de un contrato mercantil y oneroso, de prestación de servicios profesionales de intermediación, perfeccionado en virtud de los hechos inequívocos de ejecución (aceptación tácita) del negocio propuesto en la oferta del 20 de agosto de 2012, y que tuvieron lugar dentro de los once días siguientes a la formulación. En su demanda, en lo referente al Hecho No. 14, atinente a información sobre capacidades contratadas, nominadas y capacidad ociosa por tramo hasta 2020, FGH SAS sostuvo que, con causa en la oferta mercantil del 20 de agosto de 2012, Organización Terpel entregó a FGH SAS información relacionada con las capacidades contratadas, nominadas y capacidad ociosa por tramo hasta el 2020, por medio de correo electrónico remitido por la funcionaria Carolina Escobar Arias, Directora de Abastecimiento de Terpel, el 24 de

⁵⁴ Díez- Picaso, Luis y Gullón, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Volumen H. Novena Edición. Tercera Reimpresión. Editorial Tecnos. Madrid, 2003. Pág. 119.

agosto de 2012. Afirma que ese hecho se probó con los documentos que obran en el expediente y por la declaración de la Dra. Escobar.

La carta de autorización señalada, estaba prevista en la cláusula sexta, numeral tercero, de la oferta mencionada, y dice lo siguiente:

"Bogotá, 31 de agosto de 2012

A QUIEN INTERESE:

Asunto: Designación de intermediario para venta de capacidad de transporte de gas. Yo, JOSE CARLOS BARRETO, en calidad de representante legal de Gazel S.A.S. manifiesto mediante la presente comunicación, que hemos dado autorización a FGH S.A.S., con NIT. 300.533.036-7, representada por Fabián Gómez Herazo, identificado con cedula 8.686.871 de Barranquilla para intermediar y proponer negocios que conlleven a la venta de capacidad de transporte de gas natural de propiedad de Gazel S.A.S.

Esta autorización se extiende por un plazo de (6) meses a partir de la fecha."

El Sr. José Carlos Barreto cuando fue interrogado al respecto afirmó:

"DR. CUELLO: Pregunta No. 8. ¿Conoce usted la certificación expedida por la organización Terpel el 31 de agosto/152, la cual se le pone de presente?, obra a folio 31 del cuaderno de pruebas número uno.

SR. BARRETO: Sí conozco el documento, es una carta de autorización para intermediar la venta de capacidad de transporte de gas.⁵⁵"

En el expediente reposa un correo electrónico enviado por la Sra. Carolina Escobar Arias al Sr. Fabián Gómez, el 24 de agosto de 2012 que dice: *"Fabián buenos días, Adjunto las capacidades contratadas, nominadas (reales y estimadas) y la capacidad ociosa por tramo hasta el 2020, así como la respectiva proyección de los costos. Cordial saludo,"⁵⁶* Ese mismo día, unos minutos más tarde, el Sr. Gómez le responde el mensaje a la Sra. Escobar diciendo: *"Carolina: Muchas gracias por la información, me puedes confirmar las unidades de las capacidades son KPCD? Saludos, Fabián."⁵⁷* Enseguida la Sra. Escobar manda otro correo electrónico al Sr. Fabián Gómez diciendo: *"Hola Fabián, las unidades contratadas y ociosas están en KPCD como habíamos quedado. Saludos,"⁵⁸*

⁵⁵ Declaración de parte del señor José Carlos Barreto, pág. 3.

⁵⁶ Folio 27 del C. de Pruebas No. 1.

⁵⁷ Folio 28 del C. de Pruebas No. 1.

⁵⁸ Folio 28 del C. de Pruebas No. 1.

Vs.

Organización Terpel S.A.

En su declaración, al respecto la Sra. Carolina Escobar contestó lo siguiente:

"DR. CUELLO: Voy a hacer exacto en las fechas si de casualidad necesita que tenga acceso al documento lo solicitaría. ¿El día 24 de agosto/12 por solicitud de su jefe, el doctor José Carlos Barreto, usted remitió a FGH S.A.S., la relación de capacidades de transporte ociosas que tenía Gazel? SRA. ESCOBAR: Le remití un archivo en Excel que tenía todas las capacidades contratadas por Terpel de los diferentes tramos, las estimaciones de demanda futuras y la diferencia entre ambas que es una ociosidad estimada y el costo de las mismas, estimado."⁵⁹

No obstante esos dos hechos, Terpel sostiene que la aceptación de la oferta mercantil se llevó a cabo con la expedición de la orden de compra. Acepta la existencia de esa autorización, y precisa que aunque lleva esa fecha, 31 de agosto, fue entregada después. Y, efectivamente, está comprobado que el 5 de septiembre de 2012 Heidy Alexandra Daza Zapata le envió un correo electrónico al Sr. Fabián Gómez en el que adjuntó la carta de autorización firmada por el Sr. Barreto.

FGH también sostiene en la demanda (hecho 16) que con causa en la oferta del 20 de agosto, Gazel SAS designó a la Sra. Carolina Escobar Arias como supervisora del proceso, y posteriormente al Sr. Ricardo Mario Fernández. Estas personas son las que le enviaron a FGH SAS la información relacionada con la capacidad ociosa y señala que eran las encargadas de absolver preguntas con ocasión de la gestión con los eventuales interesados en utilizarla. El apoderado de la convocante afirma que este hecho se acredita con la Orden de Compra (Folio 33), documento en que consta como Supervisor del Proceso la Sra. Carolina Escobar.

Terpel sostiene que el hecho no es cierto planteado como está en la demanda, pues entiende que se quiere sostener que la Sra. Carolina Escobar y el Sr. Ricardo Fernández, que fueron "supervisores del proceso", estaban facultados para aceptar la oferta formulada, lo cual es falso, pues el calificativo de "supervisores del procesos" no tiene ese alcance y ellos no tenían nada que ver con la posible aceptación de la oferta formulada por el Sr. Gómez.

Al respecto, se advierte que en la orden de compra aparece la Sra. Carolina Gómez como supervisora del proceso por lo que es cierto que ella se encargó de esa labor; sin embargo, ese documento no comprueba que la Sra. Escobar haya sido

⁵⁹ Testimonio rendido por la Sra. Carolina Escobar Arias, pág. 2.

Vs.

Organización Terpel S.A.

designada como supervisora del proceso con anterioridad a la expedición de la orden de compra. En cuanto a la segunda afirmación que se hace en ese hecho, es decir, que también se nombró como supervisor del proceso al Sr. Ricardo Mario Fernández es necesario poner de presente que no obra en el expediente algún documento o declaración que permita concluir que el Sr. Fernández fue designado supervisor del proceso, ni que tal designación haya tenido lugar con anterioridad a la expedición de la orden de compra. En el hecho también se afirma que la Sra. Escobar y el Sr. Fernández fueron los encargados de enviarle información al Sr. Gómez y responder inquietudes que pudieran surgir. Al respecto se encuentra en el expediente que efectivamente la Sra. Escobar y el Sr. Fernández sí remitieron información al Sr. Gómez. Fue posible comprobar que la información que envió la Sra. Escobar fue remitida con anterioridad a la expedición de la orden de compra porque el correo electrónico mediante el cual se le hizo llegar la información a FGH fue enviado el 24 de agosto de 2012.

Tanto la Sra. Escobar como el Sr. Fernández reconocieron haber enviado información al Sr. Gómez. Carolina Escobar dijo:

"DR. CUELLO: Voy a hacer exacto en las fechas si de casualidad necesita que tenga acceso al documento lo solicitaría. ¿El día 24 de agosto/12 por solicitud de su jefe, el doctor José Carlos Barreto, usted remitió a FGH S.A.S., la relación de capacidades de transporte ociosas que tenía Gazel?"

"SRA. ESCOBAR: Le remití un archivo en Excel que tenía todas las capacidades contratadas por Terpel de los diferentes tramos, las estimaciones de demanda futuras y la diferencia entre ambas que es una ociosidad estimada y el costo de las mismas, estimado."⁶⁰

También se refirió así a la intervención del Sr. Fernández:

"DR. CUELLO. ¿Le dio usted la instrucción a Ricardo Fernández Schembri para que hiciera la proyección sobre los valores del contrato que se celebró entre Fabián Gómez y Terpel?"

"SRA. ESCOBAR: No de esa manera, la instrucción de Ricardo fue que se reuniera con Fabián para revisar cómo estaban los contratos de transporte y que solucionara las dudas que tenía Fabián."

⁶⁰ Testimonio rendido por la Sra. Carolina Escobar Arias, página 2.

"DR. CUELLO: ¿Ricardo no hizo ninguna proyección?

"SRA. ESCOBAR: Ricardo tiene estimaciones de demanda que él utiliza dentro de la nominación diaria, esa es una de las estimaciones que es como ás a corto plazo y Leila tiene las estimaciones de largo plazo, cada uno maneja una estimación.

"DR. CUELLO: ¿Pero hizo Ricardo una estimación para este caso?

"SRA. ESCOBAR: No hubo una especial, entiendo que él la sacó de lo que él manejaba.

"DR. CUELLO: Es el documento que obra a folio 12 del cuaderno de pruebas.

"SRA. ESCOBAR. Sé que él manejaba estimaciones diarias y con base en eso construyó, supongo, no sé cómo construyó el cuadro, pero las estimaciones que él maneja son diarias para la nominación, sus funciones en ese momento eran nominaciones diarias de gas.

"DR. CUELLO: ¿Usted no conoció esta proyección?

"SRA. ESCOBAR: El cuadro sí, pero yo no revisé los cálculos.

"DR. CUELLO: ¿Pero sí se sabe que lo elaboró Ricardo para específicamente esta negociación?

"SRA. ESCOBAR: El cuadro lo envió FGH, Ricardo no me lo envió a mí, sé que este es el cuadro que nosotros hablamos en su momento, pero quién lo elaboró, no sé si lo elaboraron entre los dos, creo que esa pregunta deberían realizársela más bien a Ricardo porque yo no intervine en los cálculos que realizó Ricardo, él estaba en Barranquilla, yo estaba acá en Bogotá y creo que lo correcto es que le pregunten más bien a él."⁶¹

Por su parte el Sr. Fernández afirmó:

"DR. PINZÓN: ¿Qué nos puede decir usted sobre eso, qué sabe de eso, sabe usted algo sobre la diferencia que existe entre FGH S.A.S., y Terpel?

⁶¹ Testimonio rendido por la Sra. Carolina Escobar, páginas 9 y 10.

Vs.

Organización Terpel S.A.

"SR. FERNÁNDEZ: En cuento a la diferencia que existen entre las dos compañías no tengo mucho conocimiento, pero con respecto al tema de la información que se me solicitó, fue una solicitud de una proyección de consumo de las estaciones del momento en que se iba a renegociar el contrato hasta la finalización del nuevo contrato.

(...)

"DR. PINZÓN: ¿A qué negociaciones se refiere usted, por qué supo de ellas, tuvo participación en ellas, entre quienes fueron?

"SR. FERNÁNDEZ: Participación, en la medida de las negociaciones no tuve, tuve conocimiento porque me pidieron que entregara una información de capacidades, una estimación de nuestro consumo en el largo plazo dado que e iba a realizar una renegociación.

"DR. PINZÓN: ¿Quién le pidió eso?

"SR. FERNÁNDEZ: En su momento me lo pidió la directora de compras, Carolina Escobar fue la que me pidió que colaborara con el señor Fabián Gómez proveiéndole esa información.

"DR. PINZÓN: ¿Qué información le proveió a usted uy cómo entró en contacto con don Fabián Gómez, qué recuerda usted de esa circunstancia?

"SR. FERNÁNDEZ: Fue un contacto telefónico en primera instancia, después ya nos cruzamos algunos correos y le proveí la información que me solicitaron.

(...)

"DR. CUELLO: ¿Usted hizo la proyección de los que significaría el contrato que obra a folio 12 del expediente el cual se le pone de presente?

"SR. FERNÁNDEZ: La primera fila debe ser lo que se tenía contratado con las ociosidades, lo que dice aquí capacidad contratada.

"DR. CUELLO: El cuadro es un resumen.

"SR. FERNÁNDEZ: *Sí, un resumen, pero los números no los tengo presentes porque eso fue ya hace rato un tiempo atrás, sé que se disminuyó una capacidad contratada de transporte.*

"DR. CUELLO: *Pero de este documento lo que estamos preguntando es si fue elaborado por usted o no.*

"SR. FERNÁNDEZ: *Este elaborado por mí no fue, de pronto en otro formato, no sé, pero este no recuerdo haberlo hecho yo.*

"DR. CUELLO: *¿Usted recuerda haber hecho una proyección?*

"SR. FERNÁNDEZ: *Sí una proyección.*

"DR. CUELLO: *¿No es esta la proyección?*

"SR. FERNÁNDEZ: *No tengo recuerdo ahora mismo realmente?*

"DR. PINZÓN: *Si no lo recuerda, no lo recuerda, pero revise el documento y precisar si tiene memoria de haber participado en la elaboración o si ese documento lo hizo usted?*

"SR. FERNÁNDEZ: *Esta primera era la capacidad contratada que se tenía en el contrato antiguo, en el medio fue la capacidad que se estaba consumiendo según promedios en las estaciones de servicio y esta es la ociosidad que se tenía año por año, esta proyección, esta primera parte la hice yo, la puede haber hecho yo, no en este formato, su pasé otro formato, pero con unas proyecciones de consumo y de capacidades contratadas y ante eso sí se podía calcular una sociedad.*

"Dr. CUELLO: *¿Usted fue el que determinó la capacidad ociosa para efectos de la negociación?*

"SR. FERNÁNDEZ: *Según lo contratado y el promedio de consumo de las estaciones, sí.*

"DR. CUELLO: *¿Entonces también usted fue el que determinó el monto de lo que significaría la negociación de esta capacidad ociosa en la proyección a 20 años?*

Vs.

Organización Terpel S.A.

"SR. FERNÁNDEZ: Yo entregué solamente las capacidades y el cálculo de las tarifas eran fácilmente calculables con el conocimiento de los contratos, no necesariamente las aprobé yo.

"DR. CUELLO: ¿Recuerda o no lo suministró?

"SR. FERNÁNDEZ: Yo suministré la información de las capacidades de los consumos y de las ociosidades.

"DR. CUELLO: ¿No hizo ninguna proyección?

"SR. FERNÁNDEZ: De eso.

"DR. CUELLO: ¿De eso sí se hizo proyección?

"SR. FERNÁNDEZ: Ya le comenté, las capacidades eran calculables, eran sumables en los contratos que se tenían, el consumo fácilmente calculable también según lo que teníamos en nuestros consumos de nuestras estaciones y de ahí salían las ociosidades, esa fue la información que yo aprobé teniendo conocimiento de los contratos y teniendo conocimiento del consumo de nuestras estaciones."⁶²

Y añade la sociedad convocante que la orden de compra emitida el 7 de septiembre de 2012 por Gazel, -hoy Organización Terpel-, es simplemente una reafirmación de la aceptación tácita de la oferta del 20 de agosto del mismo año, y no es un contrato autónomo, ni la refrendación o proposición de una nueva oferta. Esa orden de compra es, para ella, la reafirmación de la aceptación y al mismo tiempo el mecanismo para hacer operativo el contrato. Como sustento de lo anterior, FGH SAS cita un aparte de la transcripción del testimonio del Sr. Daniel Perea, funcionario de Terpel, quien señaló que:

"(...) generalmente la forma de aceptar las ofertas es siempre orden de compra u servicios, entre otras cosas porque hay una segregación de funciones y porque el ERP, el SAP de la compañía necesita librarse únicamente a través de órdenes de compra, entonces siempre la compañía acepta ofertas a través de órdenes de compra y en función del bien o servicio contratado será de servicios o de compra, pero siempre esa es la forma de hacerlo, que aquí en este caso específico la

⁶² Testimonio rendido por el Sr. Ricardo Mario Fernández Schembri, páginas 2 – 5

Vs.

Organización Terpel S.A.

*aceptación se hizo como lo decía la oferta y de hecho la oferta fue redactada por Fabián Gómez.*⁶³

Y también resalta un aparte de la declaración de la Sra. Carolina Escobar, en el cual ella manifiesta que:

*"La orden de compra se elaboró con unas cantidades que conversé con el señor Fabián Gómez, en ese momento José Carlos me solicitó que hiciera una orden de compra, como la orden de compra debía salir por sistema, yo necesitaba unos datos adicionales, la orden de compra sale por SAP, necesitaba la vigencia, el monto, las cantidades, me comuniqué con Fabián, acordamos que iba a ser hasta diciembre por mil KPCD, por el 12%, por la tarifa que tenía en ese momento el tramo Cusiana- Cali y por ese monto salió la orden de compra con condición de anticipo, por una intermediación para la venta de capacidad de mil KPCD mensuales."*⁶⁴

FGH SAS resalta que la orden de compra sólo era necesaria para efectos de la organización administrativa y contable y de los sistemas de información de la Organización Terpel, como lo dijo el Sr. Perea en el aparte de su declaración transcrito. Y estima que tan es así que la Sra. Carolina Escobar declaró que *"si era necesario después hacer otra orden de compra, quedamos que después se hacía otra orden de compra"*⁶⁵. Ante ello, Terpel sostiene que la aceptación por parte de esa compañía se dio, mediante la expedición de una orden de compra; y afirma que la voluntad del oferente consistía en que la oferta que formuló fuera aceptada precisamente de esa manera, y no de otra. En apoyo de lo anterior, se remite a la cláusula décima sexta de la oferta presentada por FGH SAS, en la cual se estipula que, *"(...) Constituye aceptación de la oferta y de todas las condiciones aquí estipuladas, la emisión de la orden de compra. La presente oferta deberá ser aceptada mediante la correspondiente orden de compra dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la fecha de su entrega (...)"*⁶⁶. La cláusula transcrita generó en Terpel, según su sentir, el convencimiento de que la aceptación de la oferta, de darse, debía ser manifestada por ese preciso cauce, por lo que cualquier otra conducta suya no generaría la aceptación del negocio propuesto. Y sostiene que aceptar la posición de FGH SAS al respecto, es decir, que Terpel adoptó ciertas conductas con anterioridad a la expedición de la orden de compra, constitutivas de obligaciones derivadas del negocio propuesto y que evidencian su aceptación tácita, tendría como consecuencia

⁶³ Testimonio rendido por el Dr. Daniel Perea, página 6.

⁶⁴ Testimonio rendido por la Dra. Carolina Escobar, página 2.

⁶⁵ Testimonio rendido por la Dra. Carolina Escobar, página 11.

⁶⁶ Folios 24 y 25 del C. de Pruebas No. 1.

que lo dicho en la propia oferta acerca de la forma de aceptación resulte carente de efectos, y que irrelevante resultaría también que Terpel hubiera confiado en dicha disposición para manifestar su voluntad. El apoderado de Organización Terpel plantea que no es posible sostener que la disposición en cuestión no generó ningún efecto, cuando en la propia oferta se había previsto que sólo se le podía aceptar con la expedición de una orden de compra.

Como evidencia de lo anterior transcribe un aparte de las declaraciones del Sr. Barreto, funcionario de Terpel, en la que dice: "(...) *En respuesta a esta oferta nosotros expedimos una orden de compra (...)* ⁶⁷. Y es que esa era la política de Organización Terpel, tal como se comprueba con las declaraciones de varios testigos entre ellos, la Dr. Sylvia Escovar cuando al ser preguntada acerca de si es usual que Terpel acepte ofertas por mecanismos distintos a una orden de compra, contestó:

*"SRA. ESCOVAR. En este tipo de compras, no, lo usual y la política es que se acepte por una orden de compra, tan es así y Fabián como exfuncionario de la Organización sabía perfectamente que esto se aceptaba a través de una orden de compra y fue así como él mismo lo puso en su propuesta (...). "No puede decirse entonces que Terpel actuó en contravía de la manera como habitualmente lo hacía."*⁶⁸

En otro aparte de su testimonio la doctora Escovar agregó:

*"SRA. ESCOVAR: Quiero hacer una claridad por qué conozco esto y por qué Fabián obviamente también sabía, porque Fabián había trabajado muchos años con la Organización y sabe que estas órdenes son el mecanismo a través del cual uno acepta la propuesta."*⁶⁹

El doctor Alfonso Perea Villa, al ser preguntado acerca de si es usual que Terpel acepte ofertas por mecanismos diferentes a una orden de compra contestó:

"SR. PEREA: No, generalmente la forma de aceptar las ofertas es siempre orden de compra u orden de servicios, entre otras cosas porque hay una segregación de funciones y porque el ERP, el SAP de la compañía necesita liberarse únicamente a través de órdenes de compra, entonces siempre la compañía acepta ofertas a través de órdenes de compra y en función del bien o servicio contratado será de servicios o

⁶⁷ Testimonio rendido por el Dr. José Carlos Barreto, página 5.

⁶⁸ Testimonio rendido por la Dra. Sylvia Escovar, página 18.

⁶⁹ Testimonio rendido por la Dra. Sylvia Escovar, página 8.

Vs.

Organización Terpel S.A.

de compra, pero siempre esa es la forma de hacerlo, que aquí en este caso específico la aceptación se hizo como lo decía la oferta y de hecho la oferta fue redactada por Fabián Gómez, la oferta no fue ni una minuta ni un modelo propuesto por Terpel Fabián Gómez fue quien definió en la oferta misma, en la oferta que él mismo redactó, él mismo indicó cómo era la forma de aceptar y así se aceptó."⁷⁰

Y el Vicepresidente Barreto al respecto manifestó:

*"El mecanismo utilizado para efectos de adquisición de bienes y servicios es la orden de compra, en aceptación a ofertas mercantiles es el más utilizado en la parte de compras."*⁷¹

Y al ser preguntado "(...) por qué es ese el mecanismo que se utiliza en la contratación en la Organización Terpel." Contestó: "SR. BARRETO: La Organización Terpel tiene varios mecanismos de contratación uno de los mecanismos más utilizados es la aceptación de ofertas mercantiles a través de órdenes de compra. (...) "

Al respecto, el Tribunal debe resaltar que en la oferta del 20 de agosto se estipuló que, en caso de aceptación, surgirían en cabeza de Terpel las siguientes obligaciones:

*"SEXTA. OBLIGACIONES DE GAZEL. De ser aceptada esta oferta, junto con la orden de compra, GAZEL se compromete a: 1. Tener disponibilidad de un representante para reuniones periódicas con FGH. 2. Entregar formalmente a FGH la relación de capacidad de transporte a comercializar para los periodos 2012-2020. 3. Entregar carta de autorización a FGH para proponer negocios que conlleven a colocar la capacidad de transporte. 4. En caso de requerirse, disponer de una representante de GAZEL para visitar en compañía de FGH a potencial cliente. 5. El pago de EL SERVICIO dentro de los plazos fijados."*⁷²

Como se vio en el recuento de hechos probados, queda establecido que funcionarios de Terpel llevaron a cabo las conductas correspondientes a los compromisos previstos en los numerales 2 y 3 de la oferta con anterioridad a la emisión de la orden de compra del 7 de septiembre de 2012. El Tribunal observa que está previsto en la propuesta de FGH SAS del 20 de agosto que la aceptación de la misma se lleve a cabo mediante la orden de compra del destinatario, que es un hecho voluntario de

⁷⁰ Testimonio rendido por el Sr. Alfonso Perea Villa, páginas 6 y 7.

⁷¹ Testimonio rendido por el Sr. José Carlos Barreto, página 18.

⁷² Folio 22 del C. de Pruebas No. 1.

éste y no una conducta de la persona que se obliga, que es el proponente. Pero dicha propuesta, como sucede con todas las ofertas, puede ser objeto de aceptación tácita por parte del destinatario de la misma, aceptación ésta que para ser tal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 854 del C.Co., se debe manifestar "... por un hecho inequívoco de ejecución del contrato propuesto". Pues bien, se pregunta el Tribunal, a la luz de esa disposición legal, que tiene por objeto preservar la eficacia negocial de la conducta del destinatario en forma armónica con las expectativas legítimas del oferente y del objeto y finalidad del negocio propuesto, qué decir de los siguientes actos de Terpel, debidamente probados, y que estaban previstos en la oferta como constitutivos de obligaciones surgidas del contrato propuesto: la entrega de una carta que permitía que FGH SAS se identificara frente a terceros como "un intermediario para venta de capacidad de transporte de gas", persona autorizada para "proponer negocios que conlleven a colocar la capacidad de transporte", y de la información referente a la capacidad ociosa disponible, elemento éste imprescindible para desarrollar el objeto de la oferta, así fuera, como lo señaló Terpel, un "simple estimativo".

El apoderado de la convocante indagó al Vicepresidente de Terpel sobre la "carta de presentación" ya transcrita por el Tribunal y que fue entregada a FGH SAS, en los siguientes términos:

"DR. CUELLO: No, este documento dice, "a quién interese, asunto, designación de intermediario para venta de capacidad de transporte de gas", es este documento.

"SR. BARRETO: No sé, creo que fue el mismo que me mostró en la segunda pregunta si no estoy mal, lo que quiero comentar es que este documento no constituye la aceptación de la oferta, es una instrucción para proponer negocios que conlleven a la venta de capacidad limitada a seis meses a partir de la fecha a quién pueda interesarle no era la aceptación de la oferta porque la misma oferta era muy clara en decir que la oferta era aceptada como una orden de compra en efecto se hizo." ⁷³

Para el Tribunal, con la entrega de la información referente a la capacidad ociosa objeto de negociación, y de una documentación idónea para que cualquier tercero pudiera ser informado y entendiera, en forma razonable y suficiente, que Gazel autorizaba a FGH SAS para que entrara en contacto con los terceros a quienes les

⁷³ Interrogatorio de parte absuelto por el Sr. José Carlos Barreto, preguntas 8,9 y 17.

exhibiera dicha noticia, pudiendo incluso "proponer negocios", como en ella se lee, extendida por Gazel con destino a "quien pudiera interesar" para efectos de una negociación con Gazel que conllevara la venta de dicha capacidad, lo que hizo Gazel fue aceptar en forma tácita la oferta anticipando el cumplimiento de tales obligaciones a su cargo, y haciendo posible desde entonces el inicio de actividades en ejecución del contrato por parte de FGH SAS previstas en el texto como actos aparentemente concomitantes con la emisión de la orden de compra, esa presentación frente a terceros y esa información sobre capacidad ociosa eran indispensables para que FGH SAS pudiera ejecutar el contrato ofrecido y, por ello, se trataba de obligaciones a cargo de Terpel. Por lo demás, la carta de presentación suministrada por Terpel, en forma acorde con la oferta ya transcrita del 20 de agosto, no confería en forma expresa o tácita poder alguno a FGH SAS, de manera que sería Terpel la llamada a concluir el negocio gestionado con la persona eventualmente contactada por FGH SAS.

Así las cosas, la circunstancia consistente en la entrega de dicha documentación e información ANTES de que se llevara a cabo la expedición de la orden de compra prevista en esa misma oferta como sistema de aceptación de la misma, admite dos interpretaciones: i) la una, que se trataba de una entrega preparatoria o anticipada de información, que FGH SAS no podía usar a partir de su recepción sino sólo una vez que la oferta fuera aceptada según lo previsto en ella por la propia FGH SAS, que viene a ser un punto de vista que puede invocarse con base en el propio texto escrito por el oferente; o, ii) la segunda, a los ojos del Tribunal más adecuada a la finalidad de la operación propuesta, consistente en que pudiera usarla a partir de su recepción, de manera que pudiera ir contactando a terceros. El Tribunal opta por la segunda interpretación, se repite, por ser la más adecuada para efectos de la finalidad de la operación, criterio teleológico de interpretación de los actos jurídicos del destinatario que se prefiere al de un simple apego al tenor literal de la declaración escrita del proponente, que dejaría sin aplicación el precepto legal referente a la posibilidad general de aceptación tácita de cualquier oferta.

La pertinencia de esa segunda interpretación la confirma el hecho consistente en que si se toma en su tenor literal la previsión acerca de la expedición de la orden de compra como forma prevista en el texto de la oferta para aceptarla, surge el interrogante referente a cómo o, mejor, a cuándo habría podido entonces FGH SAS, y con base en qué documentos e información, negociar con terceros la capacidad ociosa que habría de ser objeto de la referida orden de compra para entenderse

aceptada. Porque si sólo se pudiera aceptar la propuesta con la emisión de la orden de compra, únicamente a partir de entonces habría podido darse paso a la fase ejecutoria; y ello conduce a una absurda parálisis del negocio propuesto, pues no habría sido posible iniciar los contactos con terceros antes de la producción de dichas órdenes, que lógicamente hablando deberían ser consecuencia de la negociación promovida usando la carta de presentación y el dato de la capacidad ociosa. El buen sentido sirve de respaldo a la interpretación que prefiere la eficacia de la declaración, entendida, además, como un todo, principio de conservación de la eficacia del negocio, que se consagra en el artículo 1620 del Código Civil y es aplicable a toda declaración de voluntad con eficacia negocial, y no sólo a los contratos, y en cuyo respaldo en este caso concurre el criterio de interpretación, consagrado en el inciso final del artículo 1622 del C.C., que consulta la aplicación práctica que hagan los contratantes de las cláusulas, o que haga “una de las partes con aprobación de la otra parte”, aprobación ésta que, por supuesto, también puede ser tácita.

Además, la previsión de la orden de compra no prohíbe ni se opone a una aceptación tácita previa, la cual se consagra en la ley en forma general y con el objeto y finalidad ya indicados. Por lo demás, el uso de tales presentaciones frente a terceros con base en la información sobre la capacidad ociosa, lejos de corresponder a una conducta injurídica de FGH SAS, se ajusta a la finalidad del negocio ofrecido y a la expectativa de Terpel al respecto, de modo que éste no podría invocar un incumplimiento de quien buscaba, precisamente, realizar la negociación para cuya procura se aceptaron sus servicios.

Estima el Tribunal entonces que lo que ocurrió al anticipar la entrega de una información (el estimativo de la capacidad ociosa) y de una verdadera carta de presentación en sociedad, idóneas ambas para que FGH SAS pudiera iniciar la ejecución del negocio ofrecido, fue una verdadera aceptación tácita de éste por parte de Terpel. Pero pone de presente el Tribunal que FGH SAS sostiene en el hecho No. 15 de la demanda que la carta enviada a FGH era de autorización para proponer negocios que conlleven a colocar la capacidad de transporte ociosa. Sin embargo, la carta es precisa al dar autorización a FGH SAS para “intermediar y proponer negocios que conlleven **a la venta** de capacidad de transporte de gas natural de propiedad de Gazel S.A.S.” (El resaltado no es del texto). Teniendo en cuenta que parte fundamental de la controversia planteada en este litigio está relacionada con el objeto para el cual se contrató a FGH SAS, la diferencia entre lo afirmado en la

demanda y lo que dice la carta es relevante, como se verá más adelante, para establecer el alcance de la gestión derivada del contrato.

VI. LA VINCULACIÓN CONTRACTUAL CON FGH SAS Y LA ACTUACIÓN DE LOS FUNCIONARIOS DE LA DESTINATARIA DE LA OFERTA

La demandante afirma que se intermedió la venta de toda la capacidad ociosa del tramo Cusiana- Cali por lo que FGH SAS tiene derecho a una comisión del 12% del resultado de multiplicar el volumen vendido por el precio de venta, lo que daría la suma de siete millones trescientos cincuenta y dos mil seiscientos noventa dólares.

Como argumento que desvirtúa lo pretendido por la convocante, la Organización Terpel señala que José Carlos Barreto no tenía facultades para celebrar un contrato con cuantía superior a un millón de dólares, razón por la cual el contrato que se celebró con FGH SAS, originado en el oferta mercantil del 20 de agosto de 2012, no puede ser de la cuantía pretendida por FGH SAS en la demanda. Lo anterior, según se dice, se comprueba en el certificado de existencia y representación de Terpel, en el que, al referirse a las facultades de sus representantes legales, se lee: "(...) realizar y celebrar los actos y contratos que tiendan a llenar los fines de la sociedad. No obstante requerirá autorización previa de la junta directiva para celebrar cualquier acto o contrato que tenga una cuantía superior al equivalente a la suma de un millón de dólares (usd 1.000.000.00) (...)".

Entonces, Terpel afirma que no habría podido resultar comprometida por la actuación de un representante legal que excediera las facultades, a menos que tuviera autorización de la junta directiva, que nunca se dio en relación con el contrato que vinculó a las partes. Añade que al revisar las actas de junta directiva de Terpel en las que se trató de algún modo el tema de la capacidad ociosa de la compañía, no consta que se haya impartido autorización al Sr. Barreto para la celebración del contrato con FGH SAS. Al respecto el Sr. Perea declaró:

"(...) DR. PINZÓN: ¿Dio la junta directiva de Terpel, sabe usted si le consta y si es así indíquele al Tribunal por qué, si se le dio alguna instrucción a José Carlos Barreto para que contratara a FGH con el propósito de que ésta intermediara la venta de capacidad ociosa o para que resolviera el problema de la capacidad alguna forma?"

Vs.

Organización Terpel S.A.

"SR. PEREA: No, la junta directiva nunca le pidió a José Carlos Barreto contratar a Fabián Gómez, entre otras cosas porque nunca entró en el detalle de decir quién era la persona que tenía que llevar a cabo la gestión, simplemente le mencionó a José Carlos, a la administración la necesidad de solucionar ese problema y la administración a motu proprio definiría con quien lo hacía, pero la junta directiva nunca supo de la existencia de Fabián Gómez ni nunca supo de la existencia de FGH S.A.S., ni nunca conoció en detalle la oferta que presentó Fabián ni nunca tuvo conocimiento alguno de que Fabián estaba involucrado en este tema (...).

"DR. VÉLEZ: Teniendo en cuenta que usted asiste a la junta directiva de Terpel, ¿nos podría indicar si la junta conoció en algún momento las ofertas de 8 y 20 de agosto/12 formuladas por FGH?

"SR. PEREA: No, nunca las conocieron, no tuvo conocimiento de su existencia (...)." ⁷⁴

En sus declaraciones, la Sra. Escovar dijo:

"(...) DR. VÉLEZ: Aun cuando ya lo ha dicho, pero como para precisar algunos temas, ¿dio la junta directiva de Terpel instrucciones a José Carlos Barreto para que contratara a FGH con el propósito de que ésta intermediara la venta de la capacidad ociosa o para que resolviera el problema de la capacidad de alguna forma?

"SRA ESCOVAR: La respuesta es no (...)." ⁷⁵

Lo anterior prueba, según Terpel, que la intención del Sr. Barreto, y por ende la de la compañía a la que representa, nunca fue la de celebrar un contrato de la cuantía que pretende la demandante, sino, todo lo contrario, la de celebrar un contrato en los términos que se señalaron en la orden de compra cuya cuantía se ajustó a las facultades del Sr. Barreto. Terpel observa que FGH SAS conoció las facultades del Sr. Barreto como representante de Terpel y que además sabía que no contaba con la autorización de junta directiva para celebrar el contrato, y que ello refleja que para aquella sociedad la cuantía del contrato era la que aparece en la orden de compra y no la suma que pretende por virtud de la demanda.

⁷⁴ Testimonio rendido por Daniel Alfonso Perea, páginas 5 y 6.

⁷⁵ Testimonio rendido por Sylvia Escovar, páginas 17 y 18.

Además, la convocada sostiene que se probó que el Sr. Gómez sabía cuáles eran las facultades del Sr. Barreto por lo que tenía conocimiento de la imposibilidad de éste para celebrar un contrato de cuantía superior a un millón de dólares. También conocía que José Carlos Barreto no tenía autorización de la Junta Directiva para celebrar el contrato en esos términos.

"(...) DR. VÉLEZ: Pregunta No. 1. Diga cómo es cierto, sí o no, que usted sabía que José Carlos Barreto no tenía facultad para celebrar contratos en representación de Terpel en cuantía superior a un millón de dólares americanos?"

"SR. GÓMEZ: Sí sabía que no tenía facultades (...)"

"DR. VÉLEZ: Pregunta No. 2. ¿Diga cómo es cierto, sí o no, que José Carlos Barreto nunca le dijo que la junta de Terpel hubiera autorizado la celebración de un contrato con FGH por valor superior a un millón de dólares americanos?"

"SR. GÓMEZ: Sí, él nunca me lo dijo (...)." ⁷⁶

Lo anterior, según Terpel, comprueba que ni el Sr. Barreto ni el Sr. Gómez tuvieron la intención de celebrar un contrato por un valor superior a un millón de dólares. Si Fabián Gómez sabía que José Carlos Barreto no tenía facultades para firmar un contrato como ese y nunca supo que la Junta Directiva le hubiera dado autorización para tal fin ¿Cómo pudo pensar que estaba celebrando válidamente un contrato en dichas condiciones? Lo único que podría explicar lo anterior sería que el Sr. Gómez tuviera claro que se celebraría el contrato bajo las condiciones estipuladas en la orden de compra. Entonces, ambas partes intervinientes tenían claro que la cuantía del contrato no es la que dice la demanda, sino la determinada en la orden de compra.

El apoderado de FGH SAS se refirió a este punto en los alegatos de conclusión afirmando que si el contrato suscrito entre la parte convocante y la convocada necesitaba ser autorizado por la Junta Directiva, ese sería un hecho imputable exclusivamente al administrador que nunca buscó obtenerla; y que, en todo caso, si ese error existiese, no afectaría los intereses de la convocante gracias a los principio de la buena fe y de la confianza legítima que la protegen.

⁷⁶ Interrogatorio de Parte rendido por el Dr. Fabián Gómez, preguntas 1 y 2.

Estima el Tribunal que las limitaciones, oponibles a terceros, a las facultades señaladas en los estatutos de Terpel a los representantes legales, aplicables al Vicepresidente de Operaciones y Logística, cargo ocupado para los efectos de este litigio por el señor José Carlos Barreto, no afectan la formación del contrato que, según se ha explicado, se produjo mediante una aceptación tácita imputable a la sociedad legalmente representada y que tuvo lugar, además, con la intervención de funcionarios distintos de dicho Vicepresidente. Se trata de Carolina Escobar y Heidi Alexandra Daza Zapata, quienes, según consta en los correos electrónicos por ellas enviados el 24 de agosto y el 5 de septiembre de 2012, respectivamente⁷⁷, hicieron llegar a FGH SAS el dato, así fuera tentativo, de la capacidad ociosa, y la carta que le permitía a FGH SAS presentarse ante quien le pudiera interesar en forma adecuada para ejecutar el encargo aceptado. Estos últimos funcionarios, como lo anota Terpel, no son representantes; pero de esa situación de hecho no se sigue que su conducta en relación con la aceptación de una oferta no sea imputable a su empleador, así no lo representen. No es posible asumir que sus actos fueran espontáneos, impulsivos, surgidos de la nada; lo que se debe entender a la luz de la confianza que se debe proteger en virtud de la buena fe contractual, es que actuaron de una manera tal que no era razonable que FGH SAS entendiera como ajena al objeto y finalidad propio de la propuesta de negocio que había formulado a Gazel, de cuya organización administrativa - cuyo control le corresponde a la propia destinataria de la propuesta- surgieron los hechos constitutivos de la aceptación tácita de la oferta y que conllevan el perfeccionamiento del contrato.

Es cierto que de acuerdo con los certificados de existencia y representación legal de Terpel de agosto y mayo de 2013 expedidos por la Cámara de Comercio pertinente y que reposan en el expediente⁷⁸, dicho Vicepresidente, por ser representante legal, con capacidad para vincular a Terpel con terceros tenía en esa época el límite estatutario ya transcrito, oponible a éstos gracias a la inscripción en el registro mercantil. Pero, en primer lugar, observa el Tribunal que dichos certificados de existencia y representación de Terpel, que obran en el proceso y que sustentan la afirmación de la existencia de los mencionados límites a las facultades de los administradores que la representan legalmente, son de una fecha posterior a la de los hechos referentes al litigio; y en segundo lugar, no encuentra en el expediente el Tribunal aportación de la prueba de la existencia de tales límites en el momento de las tratativas o de la recepción o aceptación de la oferta, respecto de las facultades

⁷⁷ Folios 27 a 30 del C. de Pruebas No. 1.

⁷⁸ Folios 26 y 105 del C. Principal No. 1 y folio 24 del C. Principal No. 2.

de los representantes legales de Terpel, ni tampoco respecto de las de los funcionarios de GAZEL SAS, sociedad en esa época aún no absorbida por Terpel y que fue la representada en las tratativas y a quien se dirigió la oferta que se aceptó. Esa circunstancia bastaría para considerar que las limitaciones de las facultades de los representantes aducidas por Terpel no fueron probadas; pero hay que añadir que, de acuerdo con el régimen societario aplicable tanto a las sociedades anónimas simplificadas, como Gazel, como a las sociedades anónimas, como Terpel, las facultades de los representantes legales de las mismas deben ser expresas, so pena de que éstos puedan comprometerla dentro del ámbito del objeto social, de modo que la correspondencia de lo actuado con dichos objetos y la ausencia de prueba de los mentados límites, bastarían al respecto. Como la absorción de Gazel por parte de Terpel se llevó a cabo con posterioridad de las tratativas y de la aceptación de la oferta, cualquiera que sea la forma en que ello haya ocurrido, antes de dicha absorción el hecho del control de Gazel por parte de Terpel ni eliminaba ni difuminaba la clara distinción subjetiva entre esas dos personas jurídicas, por lo cual es en función de las actuaciones de los funcionarios de Gazel, y no de Terpel, así fueran las mismas personas naturales, que se debería poner en tela de juicio, de ser el caso, si el contrato se perfeccionó y si las mencionadas limitaciones estatutarias tenían en la etapa precontractual o en su ejecución alguna incidencia; y sólo a partir del 19 de octubre tales límites se podrían examinar en función de los estatutos de la sociedad absorbente, que fue la que perfeccionó la operación con GDO y sucedió a Gazel, a título de fusión, como contratante de FHG SAS.

No obstante lo anterior, el Tribunal considera relevante explicar los fundamentos de su análisis de derecho en este punto, aun asumiendo para tales efectos analíticos que dichos límites existieran en esa época, y sin parar mientes en la distinción entre Gazel y Terpel, distinción que la propia convocada absorbente no ha invocado, para lo cual, en este contexto, habría tenido que basarse en limitaciones de las facultades de los funcionarios de Gazel.

La vinculación jurídica de una sociedad con terceros requiere forzosamente de acciones u omisiones materialmente llevadas a cabo por seres humanos de carne y hueso, cuyos efectos jurídicos se imputan a la persona jurídica y se radican en su patrimonio. Por ser las sociedades legalmente constituidas (C.Co., art. 98) personas de carácter jurídico (C.C., art. 633), es en virtud de hechos ocurridos en el mundo físico, que es en el cual se producen los hechos susceptibles de generar consecuencias de carácter jurídico, que esos entes de creación legal pueden resultar

siendo titulares de derechos o de obligaciones, bien sea en el ámbito contractual o en el extracontractual. En este caso, dado el ámbito propio de la cláusula compromisoria, que confina la competencia del Tribunal al ámbito contractual, es relevante definir las implicaciones para las tratativas, para la aceptación de la oferta y para lo que de ello se derivó de los límites estatutarios fijados por GAZEL para las actuaciones en ese mundo real de sus representantes legales, aplicables al señor Barreto en su calidad de Vicepresidente, y legalmente oponibles a todo tercero, entre ellos Fabián Gómez y FGH SAS.

El Tribunal parte de la base de que la capacidad de las sociedades comerciales es plena, si bien circunscrita al desarrollo de su objeto social, que corresponde a la empresa para cuyo desarrollo lucrativo se celebra el contrato de sociedad (C.Co., art. 98), se contraen los aportes a cargo de los asociados y se designan los administradores sociales. Así lo ha destacado la doctrina al poner de relieve que las personas jurídicas no son incapaces relativos, pues en 1974, mediante el artículo 60 del decreto 2820 de 1974, fueron eliminadas de la lista de tales que se consagra en el inciso tercero del artículo 1504 del Código Civil, por lo cual quedan comprendidas en la regla general de capacidad consagrada en el artículo 1503 de ese mismo Código⁷⁹. De manera que, dentro de su objeto social, la aptitud subjetiva de la sociedad- persona jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones es plena, tal y como lo señala el artículo 99 del Código de Comercio. A partir de esa premisa legal se entiende el sentido y alcance, ya no de la capacidad de las sociedades, la cual está dada por el indicado perímetro correspondiente el respectivo objeto social, sino de los límites que eventualmente se impongan en el contrato social a las facultades que se le otorgan a los representantes legales para celebrar y ejecutar actos y contratos cuyos efectos jurídicos se imputen directamente a la compañía. Y se dice eventualmente, porque tales límites son propios de una cláusula accidental (C.C., art. 1501) del contrato social. En efecto, en el numeral sexto del artículo 110 del C.Co. se dice que en el estatuto social se debe establecer *"La forma de administrar los negocios sociales, con indicación de las atribuciones y facultades de los administradores, y de las que se reserven los asociados, conforme a la regulación legal de cada tipo de sociedad"*, y en el artículo 198 del mismo Código se establece una norma supletoria, en virtud de la cual, *"a falta de estipulaciones, se entenderá que las personas que representan a la sociedad podrán celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y funcionamiento de la sociedad"*, agregando que *"las limitaciones o restricciones de las*

⁷⁹ Crf. Pinzón, Gabino, Sociedades Comerciales, Parte General, Ed. Temis, Bogotá.

Vs.

Organización Terpel S.A.

facultades anteriores que no consten expresamente en el contrato social inscrito en el registro mercantil no serán oponibles a terceros”.

El sistema legal, entonces, parte de la base de la capacidad plena de las sociedades, y en forma armónica con dicha premisa, privilegia esa aptitud obligacional amplia al señalar que las restricciones que supletoriamente se impongan a las facultades de los administradores para desarrollar la empresa social deben ser expresas. Esa amplitud es adecuada a los intereses del tráfico y a la satisfacción de las expectativas legítimas de los terceros que entren en contacto con las personas vinculadas a las personas jurídicas societarias, de manera que los socios, al elegir libremente – en forma directa o indirecta cuando ello ocurre a través de juntas directivas- a quienes encargan de administrar el patrimonio y la empresa social, asumen los riesgos propios de las expectativas que crean, en el ámbito contractual y extracontractual, con la gestión de tales administradores en busca del lucro legítimo que motiva la organización y funcionamiento de empresas lícitas a través de la forma societaria. Y si bien la imposición expresa de limitaciones a las facultades administrativas oponibles a terceros es un mecanismo expresamente previsto en la ley que permite un control preventivo, por así llamarlo, o liminar de las actuaciones de sus administradores, que tiene un carácter objetivo, pues se deriva de una cláusula y de su inscripción en el registro mercantil, en el contexto propio de la dinámica empresarial y negocial, las tratativas, ofertas y contratos se encuentran sujetos al principio de la buena fe, al cual está obligada la sociedad que dispone de personas naturales para entrar en contacto con terceros para fines negociales. Y ello porque de esa buena fe se desprenden deberes de comportamiento exigibles a la sociedad persona jurídica, dada su plena capacidad obligacional, orientados a tutelar las expectativas legítimas de quienes entran en contacto con las personas que la administran para fines negociales; y como lo pone de relieve Ordoqui Castilla, *“En forma clara, la autonomía privada negocial cede espacio a la confianza: Sin voluntad real puede surgir un vínculo obligacional como resultado de la existencia de una situación que inspiró objetivamente confianza y en la que fue legítimo creer.”*⁸⁰

En el caso específico de las sociedades con forma simplificada o anónima, que son los tipos sociales de GAZEL y de Terpel, en ambas opera la regla general ya señalada, con base en normas especiales y remisiones que no hay necesidad de explicar aquí en detalle, dado que el propio Terpel ni siquiera trajo a cuento las

⁸⁰ Ordoqui Castilla, Gustavo, Buena fe Contractual, Pontificia Universidad Javeriana et al., Bogotá, 2a ed., 2012, p. 578

facultades de los funcionarios de Gazel. En el caso de las SAS, hay que añadir la posibilidad de que puedan dedicarse a cualquier actividad lícita si los asociados no circunscriben su actividad en el objeto social; pero para ilustrar el asunto en el caso del ámbito de la anónima, que es el tipo de Terpel, se debe advertir cómo en el artículo 373 del C.Co., en lo referente a los administradores que la representan, la inclusión accidental de restricciones a sus facultades de representación se rige por la regla general ya enunciada; y se añade en su régimen especial que las personas que figuren inscritas en el registro mercantil *"como gerentes principales y suplentes serán los representantes de la sociedad para todos los efectos legales, mientras no se cancele su inscripción..."* (C. Co., art. 442); y en lo referente a las Juntas Directivas, que son cuerpos colegiados administrativos no representativos y cuyas atribuciones se deben expresar en los estatutos (C. Co., art. 434), en el artículo 438 se establece que *"... salvo disposición estatutaria en contrario, se presumirá que la junta directiva tendrá atribuciones suficientes para ordenar que se ejecute o celebre cualquier acto comprendido dentro del objeto social (...)."*

Sin perjuicio de las previsiones legales que prevén mecanismos a través de los cuales quienes crean y controlan las sociedades comerciales pueden establecer controles preventivos que delimiten el actuar de sus representantes, el Tribunal debe tener en cuenta, a la luz de la confianza que se protege a través del principio normativo de la buena fe, la forma en que la conducta de los funcionarios elegidos y designados por GAZEL para encargarlos de la gestión de los negocios sociales, se desplegó a partir de la iniciativa que tuvo uno de sus Vicepresidentes de plantear a Fabián Gómez una tratativa en interés y para beneficio de Terpel en el marco del objeto social de ésta, tratativa que fue la causa directa de una oferta de negocio dirigida a la sociedad, la cual, a su vez es la causa que encuentra probada el tribunal como antecedente directo y causal de la gestión desplegada por FGH SAS, a sabiendas de Terpel, en relación con una negociación con GDO de una operación que ya había delineado o preludiado FGH SAS al ofrecerle sus servicios a GAZEL y que fue celebrada entre GDO y Terpel.

La buena fe contractual, como principio normativo de corrección consagrado en forma expresa en los artículos 1603 y 871 de los Códigos Civil y de Comercio, impone deberes de conducta a los contratantes, pues el contrato no es una simple hoja de papel, sino una forma específica de conducta intersubjetiva regulada por el derecho, que surge del ejercicio de la autonomía privada de los contratantes. Y en el conjunto de actividades desplegadas por las partes de este proceso con ocasión

de los hechos que los condujeron a este Tribunal, antes que una supuesta negligencia o ligereza de FGH SAS respecto de dejar de advertir y tener en cuenta la oponibilidad de límites a las facultades de representación de los administradores de GAZEL, lo que encuentra el Tribunal es que hechos que razonablemente deben ser reconducidos e imputados a GAZEL, esto es a la persona jurídica que se beneficia de la organización empresarial en cuyo contexto actúan los representantes legales y administradores en general de su empresa social, dieron pie para que FGH SAS ofreciera un negocio y ejecutara el negocio ofrecido, ello no obstante los alegados límites estatutarios de las facultades del Vicepresidente y de la Presidente de GAZEL, de modo que se consolidó una vinculación contractual de dicha sociedad con FGH SAS. Y vale la pena repetir, como se dijo al inicio de la parte considerativa de este laudo, que las pretensiones y excepciones traídas a este foro presuponen la existencia de un contrato entre los contendientes.

En ese contexto, observa el Tribunal que la tratativa iniciada por el Vicepresidente se relaciona con el funcionamiento de la sociedad de la cual era representante, dada su relación directa con la actividad principal de la misma, amén de su conveniencia, y que adelantarla no le había sido ni vedado ni restringido al Vicepresidente José Carlos Barreto. Aunque las tratativas iniciadas por el señor Barreto son, por supuesto, un acto o conducta, éstas no tuvieron en sí misma cuantía alguna ni consistían en la celebración de un acto o de un contrato sujeto por su cuantía a la limitación indicada. Esto significa que la causa u origen de la oferta es un acto de un representante legal en ejercicio de sus funciones, comprendido dentro del objeto social y de los fines sociales, y, por ende, imputable a la compañía; y por eso, a partir de esa iniciativa de dicha sociedad, FGH SAS, con base en la buena fe contractual, podía y debía esperar de Gazel una conducta seria y correcta, acorde con las legítimas expectativas derivadas de la citada iniciativa. Y es de Perogrullo señalar que tal conducta de Gazel sólo podía ser llevada a cabo a través de las personas naturales mediante las cuales opera en el mundo físico.

VII. LA ORDEN DE COMPRA DE TERPEL

Está probado⁸¹ que el 7 de septiembre de 2012, Gazel SAS expidió la orden de compra No. 4800061682, remitida a FGH SAS mediante correo electrónico el 11 de septiembre de 2012. Y debe recordarse que de conformidad con la oferta del 20 de agosto: "*DECIMA SEXTA. ACEPTACIÓN DE LA OFERTA. Constituye aceptación de la oferta y*

Vs.

Organización Terpel S.A.

de todas las condiciones aquí estipuladas, la emisión de la orden de compra. La presente oferta deberá ser aceptada mediante la correspondiente orden de compra dentro de los 30 días (30) calendario siguientes a la fecha de su entrega”.

En dicha orden de compra, que reposa en el expediente, se hace referencia a la:

"COMISIÓN VENTA CAPACIDAD INTERMEDIACIÓN PARA LA VENTA DE CAPACIDAD DE TRANSPORTE DE GAS

#1000 KPCD colocados en el mercado del tramo Cusiana#Cali, por 30 días durante 4 meses

#Valor del tramo de transporte: \$2.76 USD/KPC

#Tasa de cambio de referencia: \$1800

#Porcentajes de Comisión del 12% 31. Dic. 2012 Un.activ.

1

71.442.285”.

Ya en ejecución del contrato, cuyo perfeccionamiento se derivó de la aceptación tácita ya examinada por el Tribunal, Terpel le pagó a FGH SAS TREINTA MILLONES DE PESOS (\$30.000.000 M/TE) a título de anticipo. En un correo electrónico del 11 de septiembre de 2012, enviado por Astrid Paola Castellanos al Sr. Gómez y cuya copia reposa en el expediente a folio 32, se lee: *"Con el fin de gestionar el pago de anticipo para esta orden por \$30.000.000 de acuerdo a su solicitud, es necesario radicar el día de hoy la factura por este valor, por favor entregar físicamente en las Oficinas de Terpel –Cra. 7 No. 75-51 Piso 11 a nombre de Astrid Paola Castellanos (Técnico Compras Abastecimiento). El recibo de la orden es requisito fundamental para el pago del Anticipo."*

Ese pago fue además reconocido por funcionarios de la convocada al rendir testimonio. La Sra. Sylvia Escovar cuando se le preguntó si sabía si se le había cancelado a Fabián Gómez las sumas que supuestamente le estarían debiendo por el contrato, contestó:

"SRA. ESCOVAR: Nosotros le dimos un anticipo a Fabián por los gastos que iba a tener en ese momento, nosotros le estaríamos adeudando si se hubiera cumplido la venta, los 71 millones menos los 30 millones, yo creo que no se le han pagado, primero porque no se cumplió con la gestión de venta, pero lo que a mí me consta es que se le pagó el anticipo que eran los gastos que iba él a tener sobre el monto acotado de \$71 millones.⁸²"

⁸¹ Folio 33 del C. de Pruebas No. 1.

⁸² Testimonio rendido por la Sra. Sylvia Escovar, página 16.

De su lado, el señor José Carlos Barreto dijo en su declaración:

"DR. CUELLO: ¿Los 30 millones que recibió Fabián Gómez fueron a qué título?"

"SR. BARRETO: A título de anticipo para gastos en cuento a la gestión de intermediación de la venta, de la orden de compra."

"DR. CUELLO: ¿Recibió alguna otra suma?"

"SR. BARRETO: No que yo recuerde."⁸³"

La formulación de la orden de compra es un hecho reconocido por Organización Terpel, así como el envío de la misma mediante el correo electrónico el 11 de septiembre de 2012. El Tribunal ya indicó porque ha concluido que, en efecto, la oferta fue aceptada tácitamente; pero como dicha aceptación no dejó sin efectos la orden de compra emitida, pasa el Tribunal a precisar por qué ella, dada la aceptación tácita ocurrida con anterioridad a su emisión y que perfeccionó el contrato mediante la ejecución de algunas de las obligaciones en él previstas a cargo de Terpel, debe entenderse también como un acto de ejecución del contrato, interpretación que corresponde a la preservación de la eficacia de la declaración de voluntad, en forma acorde a lo actuado por las partes, por lo cual se ajusta a los cánones legales consagrados en los artículos 1620 y 1622 del Código Civil.

Para el efecto es pertinente remitirse a un aparte de la declaración de la Sra. Carolina Escobar, cuando señala:

"La orden de compra se elaboró con unas cantidades que conversé con el señor Fabián Gómez, en ese momento José Carlos me solicitó que hiciera una orden de compra, como la orden de compra debía salir por sistema, yo necesitaba unos datos adicionales, la orden de compra sale por SAP, necesitaba la vigencia, el monto, las cantidades, me comuniqué con Fabián, acordamos que iba a ser hasta diciembre por mil KPCD, por el 12%, por la tarifa que tenía en ese momento el tramo Cusiana- Cali y por ese monto salió la orden de compra con condición de anticipo, por una intermediación para la venta de capacidad de mil KPCD mensuales⁸⁴".

⁸³ Testimonio rendido por el Sr. José Carlos Barreto, página 17.

⁸⁴ Testimonio rendido por la Dra. Carolina Escobar, página 2.

Vs.

Organización Terpel S.A.

FGH SAS ha afirmado que la orden de compra no era autónoma, como lo pretenden algunos declarantes, porque con ella sólo se estaba dando cumplimiento formal a lo previsto en la oferta mercantil; y que sólo era necesaria para efectos de la organización administrativa y contable y de los sistemas de información de la Organización Terpel, como lo dijo el Sr. Perea en el aparte de su declaración transcrito, lo cual se corroboraría con el dicho de la Sra. Carolina Escobar, quien declaró que *"si era necesario después hacer otra orden de compra, quedamos que después se hacía otra orden de compra"*⁸⁵.

En la orden de compra se estipula: "(...) INTERMEDIACIÓN PARA LA VENTA DE CAPACIDAD DE TRANSPORTE DE GAS 1000 KPCD colocados en el mercado del tramo Cuisiana- Cali, por 30 días durante 4 meses. Valor del tramo de transporte: \$2.76 USD/KPC Tasa de cambio de referencia \$1.800 Porcentaje de comisión del 12% (...)" (Folio 33). Así las cosas, Terpel tiene razón al afirmar que esa orden de compra fue expedida en relación con la precisa capacidad mencionada, y que la venta de esa capacidad, en función del precio de la misma, arroja el valor de la comisión causada a favor de la demandante. Y anota el Tribunal que como esa orden de compra ya no configuraba la aceptación de la oferta, sino que era un acto de ejecución del contrato, constituye, a la luz de lo previsto en el artículo 1622 del Código Civil respecto de la interpretación del contrato, una aplicación práctica del mismo.

En su alegato, Terpel sostiene, además, que en la orden se estipula un precio específico al que se debe vender la capacidad, porque la gestión de intermediación que se comprometió a realizar FGH SAS tendría un nivel de dificultad diferente dependiendo del precio al que se lograra vender la capacidad de transporte correspondiente. Y explica así ese razonamiento en su alegato. Señala que no es lo mismo vender la capacidad de transporte al precio fijado en la orden de compra expedida por Organización Terpel (el precio regulado), que vender esa misma capacidad a un precio mucho menor. Destaca que considera obvio que la dificultad es menor al intermediar la venta por un menor precio y que por eso la gestión no debe estar remunerada de la misma forma. A partir de ello concluye que la comisión del 12% pactada en el contrato tiene razón de ser o encuentra justificación en que el negocio que se gestionaría sería la venta, que la venta sería de la capacidad señalada en la orden de compra y que el precio al que se vendería dicha capacidad correspondería al precio fijado en esa misma orden. Y para reafirmar su

⁸⁵ Testimonio rendido por la Dra. Carolina Escobar, página 11.

razonamiento expresa que la aplicación de la fórmula pactada por las partes para determinar el valor de la comisión resulta de multiplicar la capacidad a venderse en los cuatro meses (1000 CPKDX30 DÍASX4MESES=120000 KPCD) por el precio de venta de la orden de compra (2.76 USD por KPCD), teniendo en cuenta la tasa de cambio también definida en la orden (1.800 pesos por dólar americano).

Por todo lo anterior, Organización Terpel sostiene que es imposible afirmar, como lo hace FGH SAS, que hubo acuerdo para que se vendiera toda la capacidad ociosa de transporte que tenía Terpel en ese momento; que tampoco se puede decir que hubo acuerdo para venderla a un precio diferente al que aparece en la orden de compra, y mucho menos acuerdo para que se realizaran gestiones diferentes de la intermediación para la venta de capacidad, asunto que más adelante abordará el Tribunal. Si lo anterior ocurriese, es decir, si se intermediara un negocio diferente a la venta, o, incluso, si se vendiera más de la capacidad establecida en la orden (a mayor cantidad del bien intermediado menor comisión) o se intermediara la venta por un precio distinto, se tendría que establecer el valor de esa precisa gestión porque la pactada entre las partes se fijó en consideración a los términos de la orden. Y ante circunstancias diferentes, no habría por qué suponer que la comisión del 12% sería invariable con independencia de los factores que sirvieron de base para su estipulación. La Organización Terpel asegura que la oferta presentada por el representante legal de la convocante fue aceptada por la sociedad demandada de manera parcial, es decir, comprometiéndose sólo en los términos señalados en la orden de compra que emitió. Así lo asegura el Sr. Barreto, funcionario de Terpel que intervino directamente en la negociación con FGH SAS:

"(...)SR. BARRETO: En respuesta a esta oferta nosotros expedimos una orden de compra, orden de compra que se expide por una capacidad limitada por unas unidades que eran mil KPCD por 4 meses, que es la unidad de comercialización de gas de transporte y la orden era muy explícita, era en respuesta a esa oferta, era la respuesta con que nosotros le decíamos a Fabián, -estamos aceptando su oferta acotada a que sea por un tiempo limitado-, por qué, porque era una prueba que íbamos a hacer de un mercado que estaba tremendamente difícil que era la venta del excedente de gas (...)."86

En el mismo sentido, la Sra. Carolina Escobar dijo:

⁸⁶ Testimonio rendido por el Dr. José Carlos Barreto, página 4.

Vs.

Organización Terpel S.A.

"(...) La orden de compra se elaboró con unas cantidades que conversé con el señor Fabián Gómez, en ese momento José Carlos me solicitó que hiciera una orden de compra, como la orden de compra debía salir por sistema, yo necesitaba unos datos adicionales, la orden de compra sale por SAP, necesitaba la vigencia, el monto, las cantidades, me comuniqué con Fabián, acordamos que iba a ser hasta diciembre por mil KPCD, por el 12%, por la tarifa que tenía ese momento el tramo Cusiana – Cali y por ese monto salió la orden de compra con condición de anticipo, por una intermediación para la venta de esa capacidad de mil KPCD mensuales (...)." ⁸⁷

Y al respecto José Carlos Barreto declaró:

"DR. PINZÓN: Más adelante en el tiempo se ha mencionado aquí en el proceso que entre usted, don Fabián y doña Carolina Escobar, se llevó a cabo una reunión, estoy hablando del 25 de septiembre/12, a finales de septiembre fue la fecha indicada en el que se presentó una avance sobre las gestiones adelantadas en relación con la gestión sugerida del documento del 20, se ha dicho también que solamente es desde septiembre que es cuando se produce la factura, la orden de compra que realmente se inicia la ejecución de ese contrato, ¿qué le consta a usted sobre ese particular y qué fue lo que ocurrió el 25 de septiembre que es un hecho dado que esa reunión ocurrió?"

"SR. BARRETO: En respuesta a esta oferta nosotros expedimos una orden de compra, orden de compra que se expide por una capacidad limitada por unas unidades que eran Mil KPCD por 4 meses, que es la unidad de comercialización de gas de transporte y la orden era muy explícita, era en respuesta a esta oferta, era la respuesta con que nosotros le decíamos a Fabián, -estamos aceptando su oferta acotada a que sea por un tiempo limitado-, por qué, porque era una prueba que íbamos a hacer de un mercado que estaba tremendamente difícil que era la venta del excedente de gas, entonces nuestra orden de compra que se efectuó el día 7 de septiembre y que fue enviada a Fabián y que después posterior a eso Fabián extendió una cuenta de cobro por un anticipo, estaba contemplado dentro del servicio, desde allí después que le enviamos esta orden de compra recibí una llamada de Fabián, no estoy muy seguro si fue una llamada o incluso ahí no me acuerdo bien si fue un desayuno o un encuentro que tuvimos en Barranquilla donde Fabián me decía: yo me voy de viaje el 25, quisiera que nos reunamos antes deirme de viaje (...)." ⁸⁷

(...)

⁸⁷ Testimonio rendido por la Dra. Carolina Escobar, página 2.

Vs.

Organización Terpel S.A.

"DR. CUELLO: *Sí, esa es la pregunta que le hago yo frente a esa cláusula, ¿hasta dónde va la limitación?*

"SR. BARRETO: *¿La limitación de la orden de compra?*

"DR. CUELLO: *Sí, exactamente.*

"SR. BARRETO *Cuando nosotros emitimos una orden de compra, que lo hacemos por una cifra y con unas condiciones limitadas, dependiendo de la oferta o aceptándola tal como lo coloca aquí en la oferta que debía ser aceptada por medio de una orden de compra, nosotros lo que hicimos fue otorgarle una orden de compra o un mandato o un encargo para que intermediara la venta de capacidad de gas hasta por esa cifra y hasta por ese plazo.*"⁸⁸

"DR. CUELLO: *Pregunta No. 4. ¿Conoce usted la orden de compra del 9 de septiembre/12 la cual se le pone de presente?, obra a folio 33 del expediente.*

"SR. BARRETO: *Sí, conozco ese documento, es una orden de compra de una aceptación parcial de la oferta presentada el día 20 por el señor Fabián Gómez representante de FGH. (...)*

"DR. PINZÓN: *Ya por fuera del interrogatorio de la parte quiero hacerle dos preguntas. A lo largo de su declaración, desde el comienzo usted mencionó que se trataba de una aceptación parcial y lo repitió varias veces, ¿cuál es la importancia que le atribuye o cuál es el sentido de precisar que se trata de una aceptación parcial?*

"SR. BARRETO: *Porque la oferta que nos presenta Fabián el día 20 de agosto habla de una comisión del 12% por la intermediación de venta de una capacidad de gas que se suponía tenía todas las dificultades por la cual se habían hechos muchísimos intentos en la venta y tenía muchísimas dificultades y una comisión de ese valor o de esa magnitud era para hacer una prueba, prueba que él conocía que era parcial, vamos a probar para ver cómo nos va con este 12%, si él presenta con una negocio de la solución de toda la capacidad, primero, se extralimitaba a mis facultades y segundo, hubiéramos tenido que pactar una nueva comisión, una cosa es salir a hacer a hacer una prueba por un gas que tenía un venta muy difícil porque todos tenían sobrantes de capacidad y otra cosa que él me dijera, le traigo una venta dentro de cinco años con un nuevo precio, por ejemplo, la orden de compra estaba*

⁸⁸ Testimonio rendido por el Sr. José Carlos Barreto, páginas 5 y 15.

Vs.

Organización Terpel S.A.

específica a 12% a precio pleno que es distinto a que me hubiera podido proponer un negocio y para eso no se necesita ninguna autorización, para traer negocios a la compañía, es diferente como él trajo o que me hubiera podido decir, mire, tengo una capacidad o puedo vender una capacidad con un precio inferior, con un precio del 50%, en cuyo caso hubiéramos tenido que pactar una nueva comisión porque no es lo mismo o no tiene el mismo nivel de esfuerzo vender a precio pleno que vender a remate o a precio de remate, al 20% de lo que vale la capacidad.”⁸⁹

Por su parte, el señor Fabián Gómez se refiere parcialmente al tema de la “limitación de la oferta” por medio de la orden de compra así:

“DR. VÉLEZ: ¿Diga cómo es cierto, sí o no, que la comisión del 12% a que se refiere la oferta presentada por FGH a Terpel el 20 de agosto/12, solo se pagaría sobre la base de que el precio de venta logrado fuera el establecido en la orden de compra del 7 de septiembre/12?, le pongo de presente la orden de compra que obra a folio 33 del cuaderno uno de pruebas.

“SR. GÓMEZ: No es cierto y aclaro, en el contrato, en la oferta, en las condiciones que estaban se decía que la comisión era el resultante del precio, no dice el precio de la orden de compra, sino del precio por el volumen colocado por el 12%.

“DR. VÉLEZ: Pregunta No. 5. ¿De acuerdo con su respuesta anterior, indíqueme al Tribunal cuál es la razón por la cual se ha incluido dentro de esa orden de servicio la referencia a valor del tramo de transporte 2.6 USD/KPC?

“SR. GÓMEZ: Ese es el precio de referencia regulado, pero ese no fue el precio al que se dijo que debía venderse.”⁹⁰

Sobre ese particular, el Tribunal considera que esa orden de compra, entendida como un acto de ejecución del contrato, debido a que el mismo ya se había perfeccionado como consecuencia de su ya analizada aceptación tácita por parte de Gazel, no es una aceptación “parcial”, sino una aceptación a secas, si se permite la expresión, de una operación de venta gestionada por FGH SAS al amparo de un contrato sujeto a un término de seis meses, en ese momento vigente, y que preveía la misma comisión para cualquier la operación que fuera acorde con el objeto previsto en la oferta y que, dentro de dicha vigencia, fuera promovida por FGH SAS

⁸⁹ Interrogatorio de parte resuelto por el Sr. José Carlos Barreto, páginas 11 y 12.

⁹⁰ Interrogatorio de parte absuelto por el Sr. Fabián Gómez Herazo, preguntas 4 y 5.

(de ahí la importancia capital de la discusión sobre si ello se circunscribía o no a una "venta" de capacidad), y que, por supuesto, fuera llevada a cabo por Gazel, que no estaba obligado a aceptar forzosamente y celebrar cualquier operación intermediada por FGH SAS, pues ello no corresponde ni a lo pactado ni a la naturaleza de los encargos de intermediación.

Organización Terpel sostiene que durante el proceso se probó que Fabián Gómez fue la persona que sugirió que la orden de compra se expidiera por la capacidad que ahí se estipula; y que así quedó demostrado por las declaraciones de la Sra. Carolina Escobar, cuando dijo:

"(...) DR. VÉLEZ: Volviendo a esa respuesta que usted dio frente a la orden de compra, quisiera que fuera más precisa en cuanto a la conversación que tuvo usted con el señor Fabián Gómez, relacionada con esa orden de compra.

"SRA. ESCOBAR: El día que iba a hacer el cálculo me comuniqué con él, le pregunté que cómo determinábamos las cantidades, él propuso los mil KPCD porque era como un estimado de lo que podía venderse en esos meses y si era necesario después hacer otra orden de compra, quedamos que se hacía otra orden de compra, pero era específico de ahí hasta diciembre era lo que él consideraba que podía ponerse en el mercado, venderlo.

"DR. VÉLEZ: ¿Es decir que Fabián le dijo a Usted que eran mil KPCD por un tiempo específico?

"SRA. ESCOBAR: Cuatro meses, eran mil KPCD por cuatro meses del tramo Cusiana-Cali.

"DR. VÉLEZ: ¿L explicó él por qué decía esos mil KPCD por cuatro meses, por qué un tiempo corto?

"SRA. ESCOBAR: Era como un ensayo inicial, como lo que él creía que podía hacer en esos cuatro meses para iniciar como con alguna negociación de eso que tenía.

"DR. VÉLEZ. ¿Le manifestó él a usted con esa claridad ese punto?

"SRA. ESCOBAR: Él me dijo: más o menos como yo creo que podría ser los mil KPCD dejémoslo en mil KPCD: fue una propuesta de él los mil porque de hecho no era lo que exactamente se excedía, si uno ve no era exactamente como un valor tan

*redondo, no es, sino que era una estimación de lo que él consideraba que podía manejar (...)."*⁹¹

Al respecto, el Tribunal encuentra que es apenas lógico pensar que la orden se basa en una operación en cuya gestación hay que suponer la gestión activa de FGH SAS y que se emite gracias a la decisión de Terpel de llevar a cabo el negocio. Y hay que entender entonces que el representante legal de la convocante estaba conforme con que la intermediación para la venta versara sobre la capacidad señalada en la orden de compra, y no resulta relevante quién propuso la limitación de la orden de compra en materia de cantidad de capacidad. Cosa bien distinta es que, luego de emitida esa orden de compra, FGH SAS continuara buscando una posible solución para el resto del problema de la capacidad ociosa de transporte de gas que se presentaba en el tramo Cusiana – Cali, y al respecto la pregunta es otra: si dicha gestión estaba o no comprendida en el contrato surgido de la aceptación de la oferta del 20 de agosto, asunto neurálgico dentro de este proceso y que aborda el Tribunal en el siguiente acápite.

VIII. EL OBJETO DEL CONTRATO PERFECCIONADO CON LA ACEPTACIÓN TÁCITA DE LA OFERTA, LA REMUNERACIÓN ESTIPULADA EN ELLA Y LA OPERACIÓN CON GDO

Ya se indicó cómo se aceptó la oferta del 20 de agosto, denominada por el oferente *"Oferta Mercantil de Intermediación para la venta de capacidad de transporte de gas"* (folios 20 y 21-26); y que en ella se estipuló que el *"EL OFERENTE ofrece a GAZEL, ejecutar bajo su exclusivo riesgo y como contratista independiente, con plena autonomía administrativa, técnica y directiva, y utilizando sus propios medios y recursos, el SERVICIO de intermediación para la venta de capacidad de transporte de gas (en adelante "EL SERVICIO"), a cambio de la suma fijada en la cláusula séptima de esta oferta."* Y que de acuerdo con esa cláusula: *"SÉPTIMA. VALOR DE LA OFERTA. El valor de EL SERVICIO de esta oferta se establece como una comisión que depende del volumen de capacidad de transporte colocada y el precio a la que es colocada. Este Valor se determina de acuerdo a la siguiente fórmula:*

$$\begin{aligned} &\text{"Comisión FGH= Vol. *Precio*12\%} \\ &\text{"Vol.: Capacidad de transporte Colocada en KPC"} \\ &\text{"Precio: Valor final de venta por cada KPC"} \end{aligned}$$

⁹¹ Testimonio rendido por la Dra. Carolina Escobar, página 11.

Según se ha dicho, está probada la iniciativa desplegada por un funcionario de Gazel, mediante un acto imputable a esa sociedad, que se origina en el interés en buscar la comercialización de la capacidad de transporte ociosa y contratada con GDO. Como ya se comprobó, una vez transcurrido el término legal de aceptación o rechazo de la oferta del 8 de agosto, que FGH SAS formuló en respuesta a esa iniciativa y que acompañó con un anexo en el que delineó una operación con GDO, FGH SAS decidió formular otra oferta, la del 20 de agosto, que tiene origen común y elementos comunes con la primera oferta; pero que tiene diferencias respecto de esa oferta anterior, diferencias éstas que, a la luz del expediente, el Tribunal debe atribuir al acto voluntario y deliberado de FGH SAS al respecto. FGH SAS, en ejercicio de su autonomía privada, ante la caducidad de su primera oferta habría podido no insistir en propuesta alguna, o insistir en la misma oferta que no le había sido atendida. Pero optó por proponer una nueva oferta; y esa decisión acarrea sobre sí su autovinculación en los términos de su nueva propuesta, en la cual, además de no haber incluido el anexo en el que se delineaba la operación con GDO, se debe destacar el cambio que decidió hacer nada menos que en el objeto del servicio ofrecido, que corresponde en la oferta del 20 a la intermediación para una **"venta"** de capacidad, objeto del cual surge en forma clara la comprensión de a cuál "precio" se puede referir la fórmula que él había previsto desde el 8 de agosto para determinar su propia remuneración, a lo cual se une el hecho de que la emisión de una orden de compra como la que él previó como modo de aceptación, implica que Terpel, en caso de emitirla, deba señalar el precio correspondiente.

No encuentra el Tribunal en el expediente prueba de ningún hecho o circunstancia que explique las razones que llevaron a la formulación del documento del 20 de agosto en términos distintos de la propuesta del 8 de agosto; lo cierto es que está probado que: i) el proponente FGH SAS formuló la propuesta del 20 de agosto, sin mencionar la oferta del 8 de agosto ni su anexo; ii) que la propuso una vez transcurrido el término legal del cual dependía la obligatoriedad de la oferta del 8 de agosto; y iii) que fue la oferta del 20 de agosto la aceptada por Terpel a través de la aceptación tácita que alega FGH SAS y que dio lugar a la emisión de la orden de compra de Terpel en septiembre.

La determinación del objeto de la gestión encomendada a FGH SAS es esencial para resolver las pretensiones segunda y tercera de la convocante, mediante las cuales pidió:

"2. Que se declare que la sociedad FGH S.A.S. ejecutó cabalmente las obligaciones propias del objeto del contrato suscrito con ORGANIZACIÓN TERPEL S.A. el día 20 de agosto de 2012, antes de que la demandada decidiera dar por terminado el contrato de forma unilateral."

"3. Que se declare que la sociedad FGH S.A.S., en cumplimiento de la obligación contractual contenida en el artículo primero del contrato suscrito por las partes el día 20 de agosto de 2012, logró colocar una capacidad ociosa de transporte de gas natural que afectaba a la sociedad ORGANIZACIÓN TERPEL S.A., a la sociedad GASES DE OCCIDENTE, por un valor de SESENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS VEINTE DÓLARES AMERICANOS (USD 61.272.420.00)."

Frente a ellas, la convocada esgrimió su primera excepción, desarrollada en varios acápites, y cuyo enunciado central busca que el Tribunal, contra lo pretendido por la convocante, declare, que:

1. "No se ejecutó el objeto del contrato celebrado entre FGH y Terpel, y en esa medida no pudo causarse a favor de la primera la comisión de que trata dicho contrato."

En la interpretación de la oferta se debe deslindar lo ocurrido antes y después del 20 de agosto. Al hacerlo, se encuentra que la NO inclusión en la segunda oferta del anexo que acompañaba la del 8 de agosto, y ante la ausencia de hechos probados que permitan entender por qué no se mantuvo la del 8, una vez transcurrido el plazo legal aplicable para su aceptación o rechazo sin que ello ocurriera, la conducta a examinar es la del proponente: fue FGH SAS quien delimitó el objeto de la gestión que se comprometía a realizar mediante estipulaciones unívocas referentes a una "venta" y al "precio", que es el elemento esencial correlativo a la cosa a vender (en este caso la capacidad ociosa de transporte); y resulta problemático extenderlas a una operación como la delineada el 8 de agosto en el anexo, anexo que el 20 no se incluyó.

La labor contratada, entonces, no comprendía la gestión de una operación como la que se llevó a cabo finalmente con GDO, delineada en el anexo de la oferta del 8 de agosto, que se refería en general a la comercialización, y no sólo a la venta de la capacidad ociosa de transporte. Ahora bien, en este proceso obran elementos probatorios que demuestran que FGH SAS gestionó esa operación; y lo dicho no

quiere decir que esa actividad de FGH SAS en interés de Terpel sea indiferente en términos jurídicos. Por supuesto que no, menos si se tiene en cuenta que al autorizarla la Junta Directiva de Terpel, cuyo conocimiento de la gestión adelantada por FGH SAS no fue probado, tuvo en cuenta su considerable impacto económico, derivado del hecho de que a través de ella se liberaba a Terpel de la capacidad ociosa. No sobra repetir a ese respecto que de acuerdo con el acta No. 140 de la Junta Directiva de Terpel, "[...] Una vez analizada la propuesta, la Junta Directiva aprobó por unanimidad la negociación de terminar el contrato vigente con Gases de Occidente e iniciar uno con costo adicional en la comercialización. De igual forma, Gases de Occidente suministraría a Terpel el transporte de gas requerido bajo la modalidad "pague lo demandado". Adicionalmente, Gases de Occidente facturaría a Terpel los volúmenes consumidos en las Eds de la zona, bajo la siguiente fórmula: costo del gas + cargos Cusiana- Cali en la tarifa más baja vigente a la fecha de liquidación + costo de distribución vigente + costo de comercialización de 0.90 USD\$/KPC que antes no se pagaba. El anterior escenario, permitiría reducir las pérdidas de USD \$59 millones a USD \$23 millones. (...)"

Pero dicha relevancia es muy significativa desde un punto de vista extracontractual, no desde la perspectiva contractual, que es a la que se contrae la competencia de este Tribunal. Por tratarse de una gestión no comprendida dentro del objeto del contrato resultante de la aceptación tácita de la oferta de FGH SAS del 20 de agosto, las pretensiones de la convocante que dependen de considerar que ella consistió en un cumplimiento contractual no han de prosperar, y así se dispondrá en la parte resolutive del presente fallo. Para explicar la fundamentación de lo dicho, el Tribunal considera pertinente examinar en forma detallada el objeto del contrato surgido de la aceptación de la oferta y la remuneración prevista en ella, examen de tipo interpretativo que en seguida acometerá; y con base en ello abordar la cuestión referente a los hechos relacionados con la gestión adelantada por FGH SAS con posterioridad a la aceptación de la oferta para promover la operación con GDO que finalmente se realizó entre Terpel y GDO, ello para explicar por qué, en términos interpretativos e integradores de la declaración de voluntad que vinculó a las partes, tampoco encuentra que la misma pueda entenderse como parte del contrato.

La seriedad forma parte de las exigencias que deben acatar con su comportamiento las personas que deciden actuar en el mundo del derecho en desarrollo de la autonomía privada; y es un elemento que debe destacar el Tribunal para examinar la relevancia del principio de la buena fe en el contexto de este litigio. No puede hacerse "tabula rasa" de los antecedentes de la oferta del 20 de agosto, esto es, de la iniciativa en las tratativas que tuvo el Vicepresidente de Terpel y de la

comunicación del 8 de agosto, pues son útiles, tanto para establecer la intención de las partes como para apreciar su conducta a la luz de los dictados de la buena fe contractual. Y en lo que respecta a la apreciación de la trascendencia del anexo de la comunicación del 8 de agosto, esto es, si formaba parte o no de la oferta del 20, el alcance de esos dictados de seriedad y de la diligencia que ella comporta, son fundamentales: mientras que FGH SAS sostiene que la intermediación que hizo para la operación con GDO, delineada por ella en dicho anexo, sí forma parte del contrato, Terpel la deja por fuera y circunscribe el objeto del mismo a gestionar operaciones de venta de dicha capacidad, que fue lo que se le ofreció a Gazel el 20 de agosto, y que fue lo que aceptó Gazel a través de la orden de compra de septiembre.

Es indudable que Gazel tenía que actuar con la seriedad que impone la relevancia de manifestar que asumía un compromiso al aceptar una oferta de negocio jurídico. Y es que a nadie se le puede ocurrir que un empresario de las características de Gazel, deseoso de desembarazarse de una capacidad ociosa como esa, no haya examinado con cuidado cuál era la oferta recibida y a cuánto ascendía o podía ascender la remuneración planteada a cambio; y de no haberlo hecho, esa sería una omisión propia que no le permitiría desembarazarse de los compromisos contractuales que resultaran exigibles con base en el contrato. Y es indudable también que FGH SAS tenía que actuar con la seriedad que impone la relevancia de manifestar que asumía un compromiso al formular una oferta de negocio jurídico. Y es que a nadie se le puede ocurrir que un empresario de las características de FGH SAS, una vez transcurrido, en silencio por parte de GAZEL, el término legal de aceptación de su primera oferta, en la cual había incluido el anexo en el que delineaba una operación con GDO, no haya examinado con cuidado cuál era el objeto previsto de su nueva propuesta y, en atención a él, cómo estaba prevista la remuneración que quería para sí, oferta ésta en la cual ya no se refirió a la comercialización en general sino a la "**venta**" de la capacidad ociosa; y de no haberlo hecho, esa sería una omisión propia que no le permitiría exigir a Terpel remunerarle, con base en el contrato, una gestión que no estuviera comprendida en él. La oferta del 20 de agosto no surge del vacío, y ambas partes tenían que tener en cuenta que del iter precontractual formaba parte, con su anexo, la oferta no aceptada del 8 de agosto, ello con base en la seriedad exigible a las partes, que se relaciona en forma directa, además, con el deber o carga de sagacidad que es exigible también en términos del contenido obligatorio propio del principio de la buena fe.

A favor del reclamo que FGH SAS plantea en sede contractual en este litigio, se encuentra la siguiente apreciación. De lo que se trataba era de aliviar un excedente de capacidad ociosa muy significativo para Gazel, en relación con lo cual el propio Gazel inició las tratativas, de manera que lo apropiado en términos de la buena fe era que, desde el comienzo, esto es, al analizar y aceptar la oferta, y no en la puerta de una negociación con GDO promovida por FGH SAS, Terpel hubiera desplegado el cuidado y agudeza que exhibió ex post, tanto para revisar los términos de su contrato como para cuantificar y discutir la remuneración que pudiera resultar a su cargo. Pero ese punto de vista, que resulta sugestivo si se tiene en cuenta la posterior realización de la operación entre Terpel y GDO, promovida por FGH SAS y que condujo a que Terpel se desprendiera de la capacidad ociosa de transporte, supone una cuestión decisiva a saber: que el 20 de agosto, fecha de la oferta de FGH SAS, y en el momento de la aceptación de la misma, la común intención de las partes o la naturaleza de su relación contractual, comprendía la operación delineada en el anexo de la comunicación del 8 de agosto. Se trata de precisar qué implica la inclusión del anexo en el documento del 8 de agosto y su no inclusión en el del 20, frente al hecho de que, efectivamente, la operación preludiada en el anexo fue promovida por FGH SAS con GDO, y finalmente llevada a cabo entre ellas. Si la gestión de esa operación estaba cobijada por el contrato, entonces se estaría frente a una disputa contractual; pero de no ser así, la gestión en cuestión y las pretensiones que al respecto tenga FGH SAS frente a Terpel se deberían abordar desde un punto de vista extracontractual, particularmente desde la perspectiva del enriquecimiento sin justa causa.

Al respecto, es conveniente tener presente que el problema económico a resolver para Gazel estribaba en las consecuencias económicas derivadas de la capacidad ociosa de transporte que tenía que pagarle, en todo caso a GDO, dado el sistema de remuneración ("tome o pague") pactado en el contrato GC-107-2009 y acordado en función de expectativas de una demanda de gas mayor de la efectivamente presentada. La magnitud e importancia de la cuestión se pone de relieve en lo consignado en el acta No. 137 de la Junta Directiva de Terpel, resaltada por la convocante como hecho séptimo de su demanda, y según la cual *"para el período 2012-2020 se tiene contratado un transporte de GNV que puede ser ocioso a partir de mayo de 2012 en el trayecto Cusiana- Cali. (...) La capacidad ociosa a 2020 sin crecimiento de mercado sería de \$83.600 millones y con crecimiento de mercado \$47.900 millones."* Esa situación, que ya había dado lugar, según esa misma acta, a ofrecimientos del excedente a clientes industriales, es la que origina la iniciativa precontractual de

José Carlos Barreto que dio origen a la propuesta de intermediación de FGH SAS y que, según ya se ha explicado, fue objeto de aceptación tácita.

El Tribunal dividirá el análisis de la cuestión en dos partes, referentes, i) a la gestión ofrecida y a su relación con el negocio celebrado entre Terpel y GDO, que es a lo que se contrae en este momento el laudo; y ii) a la remuneración prevista a favor de FGH SAS como contraprestación por el cumplimiento de la obligación de hacer contraída. Y examinará el alcance de dichos elementos esenciales del negocio ofrecido y aceptado, junto con la conducta posterior de las partes a la hora de gestarse el negocio con GDO.

Precisa el Tribunal que el negocio surgido de la aceptación tácita de Terpel tenía por objeto básico la intermediación para la venta de la capacidad ociosa de transporte que pesaba sobre Terpel, máxime atendiendo que la especificación de la forma o medio jurídico previsto en la comunicación del 20 (la "venta") no se había hecho el 8.

El Tribunal encuentra sustento en la diferenciación en que insistió Terpel a lo largo del litigio, entre comercialización y "venta"; y su implicación en lo referente a la remuneración de la gestión será objeto de un examen independiente. La diferenciación entre comercialización y venta la formula Terpel con asidero en el texto del documento de la propia FGH SAS, según el cual se ofreció el servicio de *"intermediación para la venta de capacidad de transporte de gas, (en adelante "EL SERVICIO"), a cambio del pago de la suma fijada en la cláusula séptima de esta oferta."*⁸² Esa referencia, en el sentir de Terpel, implica que el negocio que debía buscar FGH SAS se refería a una compraventa de dicha capacidad, a cambio de un precio, esto es, entiende que lo único encargado era un contrato típico, que es la compraventa. Y de ahí deduce, como más adelante se examinará, que el negocio que ella, Terpel, celebró con GDO no correspondió a lo encargado a FGH SAS, por lo cual su excepción debe imponerse frente a la segunda y tercera pretensión de FGH SAS.

Al respecto, el Tribunal comienza por observar que en la carta de presentación a terceros suministrada a FGH SAS por Terpel, para que propusiera negocios referentes a la capacidad ociosa, no se introdujo ninguna limitación cuantitativa a la gestión encomendada, pero sí se restringieron los medios jurídicos, por supuesto lícitos, conducentes a tal fin, al presentarlo como un comercializador autorizado para

471

gestionar la "venta" de esa capacidad. Además, quien debía perfeccionar la negociación que gestionara FGH SAS era Terpel, a su libre voluntad, ejercido dicho arbitrio, por supuesto, en forma seria y legítima, de modo que de ello dependía que se celebrara o no el negocio gestionado por el intermediario; como FGH SAS no fue constituido en mandatario, ni representativo ni no representativo de Terpel, para celebrar los actos de comercialización, y estaba sólo facultado para llegar a proponerlos, no se requería la determinación de límites para celebrar o ejecutar contratos o actos por cuenta de Terpel, con o sin su representación. FGH SAS era un intermediario, nadie más pero nadie menos tampoco, remunerado bajo comisión, y no un vendedor de la capacidad ociosa de transporte de Terpel.

Esta situación se debe examinar en forma armónica con el antecedente documental de la oferta del 20 de agosto, que está fechado el 8 de agosto, por formar parte ambos pronunciamientos de FGH SAS del mismo iter precontractual y contractual. Como consta en el anexo de dicho documento del 8 de agosto, cuya autenticidad no fue discutida en el proceso, el representante legal de FGH SAS ya había dado a conocer a Terpel una descripción esquemática de la forma en que podía buscar una negociación con GDO, y que, como en efecto ocurrió, no consistía en una venta aislada en la cual un comprador pagara un precio al vendedor Terpel; pero que sí tenía el efecto consistente en disponer de la capacidad ociosa de transporte de gas. De acuerdo con dicho esquema, era necesario darle terminación al contrato de transporte vigente entre Gazel –hoy Terpel- con GDO para que esta última compañía fuera la *"dueña y responsable de todas las cantidades que queden en los puntos de salida del Valle del Cauca"*. Como consecuencia de la terminación de ese contrato, Gases de Occidente tendría que **suministrar a Gazel** el transporte de gas requerido para sus estaciones de servicio de acuerdo con el consumo real esperado, al tiempo que Gazel contrataría con GDO todos los servicios (Suministro, Transporte, Distribución y Comercialización) sobre los volúmenes reales proyectados. Lo anterior implicaría, según el esquema contenido en los anexos al documento del 8 de agosto, un costo de comercialización de 0.90 US\$/KPC que cobraría GDO a Gazel.

Debe notar el Tribunal cómo, con anterioridad al perfeccionamiento de la operación entre GDO y Terpel, que fue autorizada en diciembre de 2012 por la junta directiva de esta sociedad, FGH SAS había llevado gestiones que condujeron a la misma. A ello apuntan los hechos indicados en la demanda en los numerales 21, 23, 24, 25, 26 y 27, planteados por la convocante así:

⁹² Folio 22 del C. de pruebas No. 2

"21. La sociedad FGH S.A.S. desarrolló las gestiones encaminadas a la ejecución del objeto contractual plasmado en la cláusula primera de la oferta mercantil de fecha 20 de agosto de 2012, rindiendo los informes correspondientes a los avances con los eventuales clientes GASES DE OCCIDENTE; EPM; Gas Natural S.A. E.S.P. y TGI, a los cuales se hace referencia en los siguientes hechos.

"23. El día 7 de septiembre, en ejecución del contrato, FGH SAS, a través de su representante legal, inicia conversaciones en torno a la colocación de la capacidad ociosa de GAZEL SAS, con CLAUDIA PATRICIA GONZALEZ, funcionaria de la Compañía GASES DE OCCIDENTE.

"24. El día 19 de Septiembre de 2012 FABIAN GOMEZ HERAZO, en su calidad de representante legal de la sociedad FGH S.A.S., adelanta conversaciones con Sonia Rocío Sanabria, funcionaria de Transportadora de Gas Internacional, TGI, con el fin de presentarle alternativas para minimizar el impacto económico a la Organización TERPEL, por la sobrecontratación, y hacer más viable la colocación de dichos excedentes a los potenciales clientes.

"25. El día 25 de Septiembre de 2012, la sociedad FGH S.A.S., a través de su representante legal, sostuvo una reunión con funcionarios de Gas Natural SA ESP, para conocer el interés de éstos en adquirir los excedentes de capacidad de transporte o capacidad ociosa de GAZEL SAS.

"26. El día 25 de septiembre de 2012 se reunieron FABIAN GOMEZ HERAZO, representante legal de FGH SAS, y JOSE CARLOS BARRETO y CAROLINA ESCOBAR ARIAS, funcionarios ya antes precisados de la Organización TERPEL, con el fin de informarles sobre el avance de las gestiones adelantadas en cumplimiento del contrato celebrado el 20 de agosto de 2012.

"27. El día 26 de septiembre de 2012, FABIAN GOMEZ HERAZO, en calidad de representante legal de FGH SAS, remite un correo electrónico a JOSE CARLOS BARRETO y CAROLINA ESCOBAR ARIAS, confirmando los puntos tratados y acordados en la reunión a que se refiere el hecho anterior."

Se discute si tales gestiones correspondían o no al objeto del contrato aceptado por Terpel y, por supuesto, dicha discusión conduce a la cuestión atinente a si ellas, una vez perfeccionada la operación, dan lugar o no a la comisión cuyo pago reclama la convocada en este litigio. Ello depende de establecer si la operación celebrada entre GDO y Terpel, ya preludiada por FGH SAS desde su comunicación del 8 de agosto,

corresponde a una gestión amparada por el contrato celebrado entre FGH SAS y Terpel, y si de estarlo, es o no susceptible de remunerarse con base en la comisión prevista en él. No se discute en el proceso, y para el Tribunal está probado en forma clara, que FGH SAS gestionó en forma activa y eficaz esa operación con GDO.

En el expediente reposan varias declaraciones que hacen expresa referencia a las observaciones que hizo Terpel acerca de la negociación que FGH SAS gestionó entre la convocada y GDO, con posterioridad a la aceptación de la propuesta y de la expedición de la orden de compra. Por ejemplo, el Sr. José Carlos Barreto afirmó:

*"SR. BARRETO: Cuando nosotros tenemos la teleconferencia del día 8 de octubre, lo que hicimos fue escuchar en detalle en qué consistía la gestión que Fabián estaba proponiendo para salir de la capacidad ociosa, en esa reunión no se mencionó nada de que había que cambiar la remuneración porque el encargo era diferente y no se mencionó por una sencilla razón, porque ahí estaba el señor Mario Palma y la señora Carolina Escobar que de pronto no tenían nada que ver con esto, pero dos días después y fue ante la eminencia (sic) de que la junta era al día siguiente, el día 11, yo llamo a Fabián al exterior donde él estaba y le pongo de presente de que el encargo que estaba haciendo no era una venta. A mí no se me pasó nunca por la cabeza que él estuviera pensando en que iba a tener el 12% de toda la solución, esto no se parecía para nada a lo que nosotros habíamos contratado, por lo tanto yo manifesté mi inquietud diciéndole: esto hay que arreglarlo antes de que llevemos este tema a la junta, esto tiene una remuneración totalmente diferente, esto no es venta de gas, esto es una solución diferente, esto son unas terminaciones de contratos y debemos llegar a un acuerdo sobre esto; eso fue el día 9 de octubre."*⁹³

Y posteriormente, ante una pregunta del apoderado de la convocante dijo lo siguiente:

"DR. CUELLO: ¿Tuvo usted conocimiento de proposición de observaciones al contratista durante la ejecución del contrato que los vinculara?"

"SR. BARRETO: Hablamos en varias ocasiones, pero no sobre el alcance de esta orden de trabajo efectiva que le dimos, estuvimos en conversaciones porque hubo una observación en la cual Fabián Gómez se presenta con una solución diferente al encargo que se le había hecho y tuvimos unas observaciones que se trataba de otro tipo de negocio, otro tipo de contrato y que debíamos pactar nuevamente los honorarios."

"DR. CUELLO: *Pregunta No. 11. ¿Esas observaciones se formularon por escrito?*

"SR. BARRETO: *Lo hicimos verbalmente.*

"DR. CUELLO: *¿Lo hizo usted personalmente?*

"SR. BARRETO: *Sí señor.*"⁹⁴

De su lado la señora Escovar expuso lo siguiente:

"DR. CUELLO: *Ha señalado usted que en algún momento se le hicieron observaciones al representante de FGH sobre la forma como se estaba ejecutando el contrato, ¿podría precisar eso?*

"SRA. ESCOVAR: *Sí, yo de hecho personalmente el día que les digo que tuvimos la primera reunión en mi oficina, se lo manifesté claramente, le dije, Fabián, esto no es una venta, antes de eso y de hecho ese día me dijeron: sí, nosotros hemos estado viviendo una negociación diferente; lo que me hace a mí pensar porque a mí no me consta, no estuve ahí en el momento en que José Carlos y Fabián vinieron, pero cuando llegaron a mi oficina ya era claro que no era sobre una venta que se estaba hablando, que por ello había que renegociar la gestión de Fabián, ese día yo fui clarísima en decirle, esto no es una venta.*

"DR. CUELLO: *¿Me puede precisar la fecha?*

"SRA. ESCOVAR: *¿La fecha del almuerzo?*

"DR. CUELLO: *¿Fue en la oficina o fue en un almuerzo?*

"SRA. ESCOVAR: *No, fue en mi oficina, fue un almuerzo en mi oficina, nos sentamos a almorzar en la sala de juntas de mi oficina, yo creo, la verdad doctor Cuello le mentiría si le doy fecha exacta, pero creo que eso fue en octubre o noviembre, la verdad no le podría decir, de pronto más noviembre que octubre porque yo fui a Chile en esos días, fui a una convención en noviembre.*

"DR. CUELLO: *¿Ya en ese momento la ejecución del contrato estaba cumplida o no?*

⁹³ Testimonio rendido por el Dr. José Carlos Barreto, página 8.

⁹⁴ Interrogatorio de Parte absuelto por José Carlos Barreto, preguntas No. 10 y 11.

Vs.

Organización Terpel S.A.

"SRA. ESCOVAR: ¿La ejecución de cuál contrato?

"DR. CUELLO: Del contrato de comercialización u orden de compra, como lo llamemos, hablamos del primero de noviembre.

"SRA. ESCOVAR: Lo que se estaba en ese momento era negociando con GDO, nosotros firmamos el contrato con GDO en diciembre, no sé en qué fecha, pero en diciembre, no se había cerrado eso se cerró el día que nosotros firmamos varios contratos, de hecho, porque uno fueron con Ecopetrol, con TGI, con GDO, eso se debió cerrar en diciembre, o sea que fue antes y antes de pronto una fecha bien importante que sí recuerdo perfectamente, fue el 11 de octubre porque el 11 de octubre le pedimos autorización a la junta para continuar con estas negociaciones con GDO, entonces cuando llevamos a la junta, eso sí ya había pasado y como les digo, cuando llegaron a mi oficina, ya llegaron habiendo hablado de la renegociación.(...)

"DR. CUELLO: ¿Por qué solo hasta el mes de diciembre se comienza a hablar con Fabián Gómez sobre la renegociación de sus honorarios?

"SRA. ESCOVAR? ¿Diciembre?

"DR. CUELLO: Sí.

"SRA. ESCOVAR: Yo creo que hay un mal entendido porque estamos diciendo que desde octubre se estaba hablando de una renegociación, yo me acuerdo, en la sala de mi oficina, cuando se estaba hablando de una renegociación entre José Carlos y Fabián, cuando yo entré y le dije: Fabián, esto no es una venta; entonces no sé de dónde sale que desde diciembre.

"DR. CUELLO: Perdóneme, preciso la fecha, es el primero de noviembre en donde usted plantea una revisión de honorarios.

"SRA. ESCOVAR: Yo, pero José Carlos estaba hablando con él desde antes, es más José Carlos me dice que incluso recibió un correo de Fabián diciéndole eso antes de que se presentara a la junta, que de hecho para lo mío la presentación a junta ni siquiera era tan importante porque como les digo, la junta solo estaba diciendo, digan en esa negociación si ustedes consideran que eso va a terminar en algo, pero antes de llevar a la junta ya José Carlos y Fabián habían estado hablando de la renegociación, cuando el primero de noviembre llegan a mi oficina, era clarísimo, lo

*que pasa es que a mí no me consta porque yo no estuve sentada con ellos, lo que sí me consta fue lo que ya dije.*⁹⁵

Como se advierte en la declaración de la señora Escovar que se ha transcrito, ella y el Vicepresidente Barreto conversaron acerca de la implicación que tendría la aplicación de la cláusula séptima del contrato, esto es, el valor de la remuneración, y ese aparte de su dicho no muestra dudas respecto de cómo la operación quedaba cobijada por el contrato; más aún, la inquietud por el efecto económico de la aplicación de esa cláusula séptima puede dar entender que daban por sentado que la gestión referente a la operación planteada a GDO sí correspondía a la gestión encomendada a FGH SAS; aunque a renglón seguido, al contestar la siguiente pregunta, precisó que entendía que la cuestión no giraba en torno a una venta.

En el expediente reposa también un correo electrónico enviado por Fabián Gómez a José Carlos Barreto, antes de octubre, el 28 de septiembre de 2012⁹⁶ que dice:

"José Carlos: De acuerdo con lo conversado te adjunto presentación preliminar de la propuesta de GDO, para la negociación de la capacidad de transporte ociosa, cuyas cifras están sujetas a la verificación de estas por parte de Carolina. Considero conveniente le den una revisión, para que programemos una conferencia y definir pasos a seguir.

"Si lo consideras conveniente, pudiera incluirse en la agenda de la próxima junta de OT, el martes 11 de Octubre, para lo cual es importante me des tu retroalimentación para hacer los ajustes del caso.

*Saludos,
Fabián."*

Las primeras dos diapositivas de la presentación que se adjunta dicen:

"

Contexto

- *La OT cuenta con capacidades contratadas de transporte de Gas Natural muy superiores a sus consumos de GNV en el tramo de TGI Cusiana- Cali (85% por encima del promedio de consumo 2.013-2.020).*

⁹⁵ Testimonio rendido por la Sra. Sylvia Escovar, Páginas 9, 10, 12 y 13.

⁹⁶ Folios 35 a 38 del C. de Pruebas No. 1.

Vs.

Organización Terpel S.A.

- *Se espera que antes de finalizar el 2.012 las tarifas de transporte se incrementen por regulación por lo menos en un 18%.*
- *El costo total de la sobrecontratación desde el 2.013 hasta el 2.020 está cuantificada con las tarifas actuales en USD 50,9 MM, y con el incremento mínimo establecido estaría en USD 59 MM.*
- *La capacidad primaria del tramo Cuisiana- Cali es de 148 MPCD, de los cuales están contratados 63 MPCD (43%). Así mismo, la utilización del gasoducto durante lo corrido del 2.012 está alrededor de los 35MPCD (24%).*
- *Se han adelantado reuniones con Gases de Occidente (Distribuidor de la Zona), con el fin de revisar las condiciones bajo las cuales se pudiera estructurar una negociación entre las partes.*

Modelo de Negocio

- *GDO termina el contrato de transporte vigente con la OT, Venta de capacidad de Transporte, y será el dueño y responsable de todas las cantidades que queden en los puntos de salida del Valle del Cauca.*
- *GDO suministrará a OT el transporte de gas requerido para sus estaciones de servicio bajo la modalidad pague lo demandado.*
- *GDO facturaría a OT los volúmenes consumidos en las estaciones de la zona bajo la siguiente fórmula = G (costo del contrato cedido por Gazel y/o negociaciones directas entre GDO y Gazel) + T (cargos Cuisiana- Cali 100F-0V de la tarifa establecida en la regulación vigente en la fecha de liquidación SNT) + D (Costo Distribución vigente). C (Costo de Comercialización de 0.90 US\$/KPC)*
- *Por los beneficios operacionales que genera, se propone ceder a GDO el suministro para dicha zona a las mismas condiciones que tiene OT durante la vigencia del acuerdo."*

Entonces, de las declaraciones de funcionarios de la propia convocada se desprende que la primera observación que hicieron sobre las gestiones de FGH SAS con GDO se produjo en octubre. Sin embargo, el 28 de septiembre FGH SAS ya había comunicado cuáles eran las bases de esas negociaciones.

En vísperas de la inminente consideración de la operación por parte de la Junta Directiva de Terpel (en la transcripción de la parte pertinente de la audiencia en que

se tomó una declaración al respecto se lee la "eminencia" de la misma, en un obvio error de transcripción), surgen las observaciones de Terpel, que condujeron a que las partes conversaran en varias oportunidades en torno de renegociar aspectos del contrato. Y está probado que, con ocasión de esas conversaciones, póstumas respecto de la celebración del contrato, pero previas a la autorización por la junta y al perfeccionamiento de la operación con GDO, FGH SAS estuvo de acuerdo en que se continuara con la operación que él había gestionado, pues, según lo expresó, lo relevante era solucionar el problema de la capacidad ociosa; y está probado que aceptó también entrar en conversaciones acerca de la remuneración por su gestión.

En efecto, obra en el expediente, tal y como lo destaca la convocada en su alegato de conclusión, que el 11 de octubre, Fabián Gómez envió un correo a José Carlos Barreto, explicando en qué se basaba el monto de la comisión que se generaba a su favor y añadiendo que *"... De todas formas tengo la mejor disposición de revisar el tema teniendo en cuenta todo lo conversado ayer, además de estos puntos. Estaré la próxima semana en Bogotá, pero resolvamos primero el problema de fondo que es la capacidad ociosa que se tiene (...)."*⁹⁷

Estas circunstancias denotan la existencia de confianza recíproca entre las partes, y una disposición leal de parte de FGH SAS, consistente en resolver *"... primero el problema de fondo que es la capacidad ociosa"*, y de ahí que la señora Escovar, expresara, como también se pone de manifiesto en el alegato de Terpel, que esa manifestación *"...no me extraña en lo más mínimo porque había confianza absoluta en Fabián en que lo que él quería realmente era adelantar esto para sacar a Terpel del problema...entonces yo decía: sí con Fabián no hay problema, Fabián es de la casa, obviamente el (sic) entiende que esto no es una venta."*⁹⁸

Pues bien, lo relevante aquí estriba en examinar la concordancia entre la gestión de esa operación con el objeto del contrato, y la posibilidad de remunerarla, en caso tal, con base en la fórmula prevista por FGH SAS en la oferta. Esos dos asuntos son esenciales para resolver acerca de las dos pretensiones capitales de la demanda de la convocante, referentes al cumplimiento del contrato a través de la gestión de la operación con GDO, y a su remuneración por ello. Lo que ocurrió después fue, precisamente, el perfeccionamiento de lo preludiado en dicho esquema. Para llegar a ello el representante de FGH SAS promovió la operación que en diciembre del

⁹⁷ Folio 48, cuaderno de pruebas 1, y alegato de la convocada, p. 27.

⁹⁸ Folio 75, C. de Pruebas 2 y alegato de la convocada, p. 28.

2012 fue celebrada entre Terpel y GDO, que modificó el esquema preexistente de relación entre esas dos compañías para efectos de la comercialización, suministro, distribución y transporte de gas, logrando el objetivo consistente en desprender a Terpel de dicha capacidad ociosa. Además de otros elementos probatorios, como son los testimonios y la declaración de Claudia González, y los testimonios de ciertos funcionarios de Terpel como Mario Fernández Schembri y la propia gerente de la compañía, Sylvia Escovar, quienes al respecto manifestaron lo siguiente:

"DR. CUELLO: De acuerdo con la información que usted suministró, ¿Cuál es el efecto de la misma en los balances de la compañía Terpel?"

"SR. FERNÁNDEZ: Teníamos ociosidades de transporte."

"DR. CUELLO: ¿Al negociar esas ociosidades cuál es el efecto?"

"SR. FERNÁNDEZ: Después de la renegociación se disminuyeron las ociosidades, se eliminaron esas ociosidades."

"DR. CUELLO: ¿Pero eso generó pérdidas o ganancias en el balance?"

"SR. FERNÁNDEZ: Eso nos eliminó esas pérdidas que teníamos por ociosidad."⁹⁹

Y del testimonio de la señora Sylvia Escovar se extracta lo siguiente:

"DR. CUELLO: ¿El contrato que celebró por intermedio de la gestión de Fabián Gómez le generó pérdidas a la compañía?"

"SRA. ESCOVAR: No señor, en ningún momento, yo jamás hubiera dejado firmar un contrato que le genere pérdidas a la Organización Terpel, mejor dicho, jamás, me hubieran echado a mí, la gestión que hizo Fabián y que siempre hemos valorado y que le agradezco hoy y se lo agradecí en su momento, le genera beneficios a la Organización, nadie ha negado eso, lo que pasa es que es totalmente diferente y claramente menor, eso sí lo puedo decir a la que se hubiera obtenido si se hubiera vendido la capacidad ociosa que se tenía en ese momento, no sé en este momento, si ustedes conocen bien la diferencia entra la venta y lo que realmente se hizo, entiendo que si porque José Carlos me contó que había estado aquí y Daniel también."¹⁰⁰

⁹⁹ Testimonio rendido por el Sr. Mario Fernández Schembri, página 5.

¹⁰⁰ Testimonio rendido por la Dra. Sylvia Escovar, página 14.

El día 19 de diciembre de 2012, GDO y Terpel celebraron la operación que involucró tres contratos preexistentes, y cuyo efecto económico corresponde a la comercialización del sobrante de capacidad de transporte. No se trata de la compraventa que, de acuerdo con lo reiterado por Terpel a lo largo del proceso, ha debido realizarse para ejecutar el contrato (y ya se verá cuál es su implicación para efectos de la pretensión de remunerarla con base en lo pactado al respecto en el contrato). En efecto, GDO no le compra la capacidad a Terpel; pero toda la capacidad ociosa estimada es trasladada a GDO, en virtud de la operación que fue promovida por FGH SAS, y que ya había delineado desde el 8 de agosto de 2012. Al respecto, las siguientes pruebas ilustran en qué consistió el negocio y, sobre todo, acerca de su efecto económico respecto de la capacidad ociosa que el propio Terpel estimó en 6.699 KPCD (Miles de pies cúbicos diarios).

El Sr. Mario Antonio Palma explicó en qué consistió el negocio que FGH SAS gestionó entre Terpel y GDO, afirmando:

"En términos generales, sin poder aterrizar a cifras detalladas y cosas de esas porque insisto, no las podría recordar y nos las tengo claras, pero básicamente lo que se planteaba era, nosotros como Organización Terpel, Gazel en su momento, teníamos un contrato de transporte firmado con GDO, con Gases de Occidente, cuando se hizo la contratación de ese transporte, se firma un contrato de transporte con GDO por una cantidad de transporte que se requiere para mover el gas hasta nuestras estaciones de servicio.

"Lo que estaba planteando Fabián en su presentación era que se eliminaban, se cambiaban las condiciones contractuales que teníamos con GDO y se firmaban unos nuevos contratos por unas condiciones económicas diferentes a las que se tenían en ese contrato, ese contrato tiene una tarifa X y una cantidad Y, aquí lo que entendía yo es que se cambiaba era por una cantidad Y menor y por una tarifa X un poquito más alta, al final al bajar la cantidad menor a la que teníamos inicialmente contratada, era lo que generaba un posible beneficio para nosotros en cuanto a que nos quitaba unos excedentes de esa capacidad que teníamos contratada, pero constaba."

A la pregunta de la parte convocada en el sentido de si antes de la celebración de ese negocio le compraban el gas a GDO?, el señor Palma contestó:

Vs.

Organización Terpel S.A.

"Nosotros comprábamos el servicio de transporte a GDO, el gas hasta cuando manejé yo en Gazel, nosotros teníamos un contrato de suministro de gas, debía ser directamente con el dueño de gas en ruta de pozo.

"DR. GUTIÉRREZ: Pero la presentación que hizo el señor Fabián Gómez ese día en la reunión que usted participó, ¿se estaba proponiendo que ahora se le comprara el gas a GDO, eso era lo que iba a ocurrir?

"SR. PALMA: Exactamente no, pero creo que esa era la condición de que termináramos al final comprándole el gas a GDO, todo el gas, el gas tiene varios componentes, tiene suministro, transporte, distribución, comercialización, Gazel siempre por su posición mayorista en el tema de gas podía acceder a los dueños de cada uno de ese segmentos y negociar directamente la compra en bloque de cada uno de ese servicios o el suministro, el transporte, en el caso de un tercero que tenía una sola estación de servicio, él no tenía posibilidad de acceder directamente al productor o al transportador para hacer contratos, sino que normalmente lo hacía al final de la cadena comprándole directamente al distribuidor. Lo que yo entendía de la negociación que se estaba haciendo era que nosotros íbamos a pasar a esa misma condición, yo comprándole directamente a GDO, al comercializador o al distribuidor, comprarle al final de la cadena al igual que le estaba comprando al competidor mío, entonces mi inquietud fue, cómo terminaba yo comprándolo, más caro o más barato, esa fue la pregunta que hice."¹⁰¹

Las declaraciones del Sr. Mario Fernández Schembri ilustran en qué consistió el negocio y cuáles fueron los efectos del mismo en relación con la capacidad ociosa que tenía Terpel, tal como se evidencia en los apartes que se transcriben a continuación:

"DR. PINZÓN: ¿Cuál tipo de procesos?

"SR. FERNÁNDEZ: Para la nominación, se contrata el producto como tal que es el gas natural que nos lo ofrecen los que suministran este producto, en este caso fue Ecopetrol, teníamos el suministro con Ecopetrol, por otro lado está el transporte que en este caso fue una comercialización de transporte que nos hizo GDO porque ellos contaban con unas capacidades las cuales tenían contratadas ellos directamente con TGI y como nosotros no teníamos esas capacidades con TGI las contratamos como un servicio de comercialización de transporte con GDO y por último un servicio de distribución, un contrato también de distribución con GDO directamente, esos son

¹⁰¹ Testimonio rendido por el Sr. Mario Antonio Palma, página 9.

los tres contratos que teníamos mediante los cuales después de hacer una serie de negociaciones se llegó a un contrato final que era un contrato de gas puesto en estación.

(...)

"DR. CUELLO: De acuerdo con la información que usted suministró, ¿Cuál es el efecto de la misma en los balances de la compañía Terpel?"

"SR. FERNÁNDEZ: Teníamos ociosidades de transporte.

"DR. CUELLO: ¿Al negociar esas ociosidades cuál es el efecto?"

"SR. FERNÁNDEZ: Después de la renegociación se disminuyeron las ociosidades, se eliminaron esas ociosidades.

"DR. CUELLO: ¿Pero eso generó pérdidas o ganancias en el balance?"

"SR. FERNÁNDEZ: Eso nos eliminó esas pérdidas que teníamos por ociosidad."¹⁰²

Por su parte, Arturo Gutiérrez de Piñeres, vinculado a Gases de Occidente sostuvo:

"DR. PINZÓN: ¿Usted conoció los términos de esa autorización?"

"SR. GUTIÉRREZ: Nosotros lo llevamos a nuestra junta directiva, por supuesto, en su momento cuando habíamos llegado a unos acuerdos en los cuales nosotros tomábamos esa capacidad del contrato en su totalidad y a su vez le suministramos la capacidad que necesitaba Terpel para atender sus estaciones, los términos básicamente era que nosotros nos quedábamos con esa capacidad de la cual Terpel era dueño. (Subrayado fuera del texto)

"DR. PINZÓN: ¿Cuáles eran las contraprestaciones que surgían de esa negociación que usted me describe, a cargo de quién?"

"SR. GUTIÉRREZ: Uno es que nosotros asumíamos la responsabilidad total de esa capacidad, hicimos un contrato nuevo, teníamos uno donde le dábamos una capacidad de transporte que tenía esa capacidad ociosa, ahora hacíamos un contrato

¹⁰² Testimonio rendido por el Sr. Mario Fernández Schembri, página 2 y 5.

*nuevo en el cual únicamente le dábamos la capacidad que requería para atender subestaciones y nosotros nos quedábamos con el resto de la capacidad ociosa.*⁴⁰³

El Sr. Fabián Gómez sostuvo lo siguiente en relación con el contenido de las negociaciones gestionadas por él y que finalmente derivaron en los acuerdos entre Terpel y GDO.

"DR. VÉLEZ: ¿Cuál fue el negocio que finalmente se celebró entre Terpel y GDO con su intermediación, explicar cómo fue ese negocio?"

"SR. GÓMEZ: El negocio parte del punto en donde el mismo potencial comprador era Gases de Occidente era el mismo vendedor de esa misma capacidad, la misma sociedad que pretendía comprar era la misma sociedad que vendía esa misma capacidad, teniendo en cuenta esa negociación tenía que ver cómo se estructuraba esa venta de capacidad, parte del tiempo que nos tomamos en principio de septiembre y cuando se le estructuró la propuesta de GDO era revisar cuáles eran esas condiciones contractuales bajo las cuales GDO asumiría esa capacidad de transporte ociosa, eso quedó evidenciado en la reunión de septiembre 25 de avance en donde el tercer punto hace mención particularmente a eso, o sea, con GDO había además otra condición de que ellos decían que los consumos no era uniformes, sino que en los 8 años había un año de 3 mil KPC de ociosidad, otro año llegaba casi a 14 mil, después bajaba a 3 mil, FGH hizo una gestión estratégica para aplanar esa capacidad de transporte con el fin de que fuera uniforme y le sirviera, pero cuando ya se va a cerrar el negocio porque de por qué se le aplana, GDO dice: lo como con esos picos y me sirve; ese fue el negocio.

"DR. VÉLEZ: Pregunta No. 13. ¿Qué tipos de contratos se realizaron para realizar ese negocio?"

"SR. GÓMEZ: Voy a tratar de hacer el ejercicio de cabeza, hay una primera operación que es la cesión de la capacidad de transporte de GDO a Gazel en los puntos diferentes al Valle del Cauca, la primera operación es aislar esos volúmenes para continuar, segundo, viene una parte que es la terminación del contrato de transporte existente que básicamente en los del Valle del Cauca que era donde estaba el impacto económico, o sea, el contrato de transporte, esa parte era que generaba la ociosidad, entonces viene la terminación de ese contrato de transporte, otro punto es la cesión del suministro que tenía Gases de Occidente contratado directamente

¹⁰³ Testimonio rendido por el Sr. Arturo Gutiérrez de Piñerez, página 2.

para que lo cediera a GDO con el fin de hacer un contrato de entrega en puerta de estación.

*"Otro punto era la terminación del contrato de distribución que era un contrato que estaba por aparte en los puntos del Valle del Cauca y un punto que era el cierre del negocio que era un contrato nuevo de entrega de gas en puerta de estación que incluía, el transporte de lo que necesitaba, el resto lo asumió GDO, para hablarle en cifras, de 14 mil en promedio GDO, Gazel necesitaba solo 7.905, los otros 6 y pico, la otra cantidad diferente GDO la absolvió, entonces, el suministro a cómo lo entregaba, al mismo precio a como lo compraba Gazel, simplemente había una cesión y lo que hacía falta se lo daba de otro contrato mayor que tenía etc., el contrato de distribución queda incluido ahí y la distribución como es precio regulado es lo mismo y la comercialización de 90 centavos, esos son los pilares de la negociación de los 5 puntos, pero ahí lo más importante es la terminación de ese contrato que es el que genera el sobre costo y el impacto económico y la firma de uno nuevo, este de 14 mil, pero me quedo con 7.900, ese es el resumen del negocio."*¹⁰⁴

Ahora bien, esa operación, descrita a la luz de lo probado, no surgió por generación espontánea, ni por iniciativa de GDO. Observa el Tribunal que en la génesis y concreción de la misma, Fabián Gómez, como representante del oferente FGH SAS, fue determinante para la concreción de ese esquema inicial ya delineado en el documento adjunto a su comunicación del 8 de agosto; y esa actuación sólo encuentra una causa adecuada en la existencia de una tratativa iniciada por Gazel y de la cual formó parte la oferta de comercialización que FGH SAS dirigió a Gazel el 8 de agosto. Pero esa NO fue la oferta aceptada en forma tácita: la que se aceptó fue formulada por FGH SAS el 20 de agosto, una vez transcurrido en silencio el término de aceptación de la primera. Y en ella, FGH SAS circunscribió voluntariamente su gestión en forma expresa a la "venta" de la capacidad. Es decir, el origen de la gestión de FGH SAS NO es el contrato surgido de la aceptación de su oferta del 20 de agosto; y la previsión de la misma en el anexo a la oferta precluida o caduca, es ajena a la cobertura del mismo.

Gazel no se opuso a que FGH SAS promoviera ese negocio. En términos de la buena fe contractual y de la propia actuación, principios éstos recalcados en su alegato de conclusión por la parte convocante, el Tribunal entiende que al no oponerse o no advertir a GDO sobre la ausencia de vocería adecuada en cabeza de FGH SAS, Gazel

¹⁰⁴ Interrogatorio de Parte resuelto por el Dr. Fabián Gómez, Preguntas No. 12 y 13.

o Terpel no estaban pretendiendo aprovecharse (de una manera que habría sido reprochable) de una muy improbable (por cierto) mezcla de confusión y altruismo negocial por parte del representante legal de FGH SAS. Esa posición pasiva al respecto, simplemente, no conduce a que lo gestionado correspondiera al servicio contratado. Ello porque no se configuró una ampliación del objeto del contrato mediante la conducta de ambos contratantes o de uno de ellos con la aceptación expresa o tácita del otro. Las conversaciones de las cuales dan cuenta las pruebas a que se ha hecho mención arriba, incluyendo en su evaluación en conjunto la declaración de Sylvia Escobar en que mencionaba el efecto económico de la misma en cuanto a la remuneración, dan a entender, en conclusión, que ante esa gestión surgió la inquietud de la remuneración pero ello, a su vez, descansa en otra situación, objetivamente importante a la luz de este litigio, a saber si en los términos pactados, la gestión de FGH SAS formaba parte o no del contrato. Y tan es así, que el propio representante de FGH SAS expresó su conformidad con que se adelantara el negocio promovido primero, y que luego continuaran examinando el asunto de la remuneración, si bien en ningún momento aceptó o dio a entender que el contrato se modificara.

Afirma Terpel que esa operación que celebró, excedería, con mucho, un simple encargo de "venta" del excedente, de manera que la gestión de FGH SAS ante GDO (el célebre "tremendo hit"), cuya existencia no controvierte, no estaba comprendida dentro del contrato, razón por la cual no daría derecho la remuneración que pretende FGH SAS. Y esa afirmación, esto es, que la gestión no estuviera comprendida en el contrato, no va en contravía, como lo argumenta la convocante en su alegato, de la propia conducta de Terpel en el ámbito del contrato que la vincula con FGH SAS. Cosa distinta es lo que puedan significar dicha conducta y los efectos derivados de llevarla a cabo desde una óptica extracontractual, que no es para la cual es competente este tribunal.

Por el hecho de la existencia de ese documento anexo a la caduca oferta del 8 de agosto, y de la ocurrencia de la gestión ante GDO sin oposición por parte de Terpel, el Tribunal no encuentra prueba que permita concluir que el "hit" se produjo como consecuencia de la ejecución del contrato de intermediación para la "venta" aceptado por Terpel. Para seguir con la metáfora deportiva a que acudió espontáneamente el Vicepresidente de Terpel, el "hit", que fue registrado a favor de Terpel, fue obtenido, sí, gracias a un bateador que fue FGH SAS; pero la oferta aceptada se refería a un juego de fútbol y no a uno de béisbol, de manera que

cualquier reclamo de FGH SAS por haber anotado un "gol" a favor de Terpel sí se habría resuelto en función del contrato que ocupa a este Tribunal, al cual no le competen las cuestiones "beisbolísticas", esto es, extracontractuales, que puedan surgir entre las partes. Lo asimilación entre el fútbol y el béisbol, metáfora que busca ilustrar la absorción e identidad de pretensiones contractuales y extracontractuales ante el juez del contrato, no encuentra asidero en el expediente, toda vez que como FGH SAS no estaba haciéndole un favor gratuito a Terpel y al surgir la discusión entre las partes acerca de la remuneración que ello podría generar, FGH SAS no aceptó modificar el contrato; pero sí aceptó que ese tema de la remuneración de esa gestión pudiera ser negociado, lo cual a la postre no ocurrió.

Una vez recibida la oferta de FGH por Gazel, esa compañía ejecutó unas de las obligaciones en ella previstas, como ya se explicó, al aceptar de manera inequívoca la oferta en los términos de la misma¹⁰⁵. La descripción anticipatoria de la operación con GDO, formulada por FGH SAS en el anexo de la comunicación del 8 de agosto, por ser un antecedente relevante para efectos del sentido y alcance de esta relación contractual, dado su origen en una tratativa impulsada por Terpel y que dio lugar a dicho documento, pone en el contexto contractual e intencional adecuado, el alcance de la expresión "venta" con cuyo significado jurídico la propia FGH SAS delimitó el alcance de la gestión que ofreció y que Gazel aceptó. En ese orden de ideas, el Tribunal entiende que Gazel no pecó de ligero o impreciso al calibrar los alcances jurídicos de la gestión objeto de la segunda oferta recibida, sino que Gazel la delimitó según se ha mencionado en este litigio.

No ignora el Tribunal el mandato, que es doctrinal, según las voces del artículo 26 del Código Civil, previsto en el artículo 28 de ese mismo Código, según el cual las palabras de la ley, "(...) cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal", está previsto en tratándose de la interpretación de las leyes, y no de los contratos, para lo cual están consagrados, a su vez, en los artículos 1618 y siguientes de ese mismo Código. Y como aquí de lo que se trata es de la interpretación de un contrato, más que atenerse al significado legal del concepto "venta", uno de los que menor discusión pueden ofrecer en cualquier foro jurídico por tratarse del contrato típico bilateral y conmutativo arquetípico por excelencia, sino en función de la intención plasmada en la oferta del 20 de agosto, al acudir al mencionado artículo 1618 se advierte con claridad el

¹⁰⁵ Folios 28 a 31 del C. de Pruebas No. 1.

carácter rector de la intención de las partes, que es la que debe ser clara y que es la que ilumina las palabras del contrato.

La intención es el significado que se debe atender y a su servicio se encuentran las palabras como instrumentos significantes. En dicho artículo se establece que una vez conocida con claridad la "intención" de los contratantes, hay que estarse a ella "(...) *más que a lo literal de las palabras*", y no que haya que sujetarse a lo literal de las palabras por encima de la intención de los contratantes. Pero en este caso, la palabra "venta" no puede ser extraída del contrato y trasladarla a la situación de hecho que le dio origen y pretender subordinarla a una intención que existía en una oferta caducada. De lo que se trataba era de liberar a Terpel de un excedente de capacidad de transporte de gas, a cambio, claro, de una contraprestación por gestionar ese resultado, y si eso lo lograba FGH SAS, tenía derecho a una remuneración por sus servicios, calculada con base en dos elementos: a) una fórmula, cuya dependencia de la existencia de un precio, que es la contraprestación correspondiente a una compraventa típica; y b) una cantidad de capacidad sobrante, elemento o variable importante de la fórmula que se estableció con base en la información suministrada por la propia Gazel. Pero también se tiene, sobre todo al contrastar la oferta del 20 con la oferta caduca del 8 de agosto, que el objeto mismo de la gestión a cargo del oferente, fue delimitado por éste haciendo referencia, precisamente, a la "venta" de la capacidad ociosa, sin conservar la generalidad que poseía la comercialización ofrecida en la primera oferta y no aceptada por Gazel. Y no hay ambigüedad alguna en el texto en cuanto al objeto de la gestión (la intermediación para la venta de la capacidad ociosa) que, además, tendría que ser resuelta a favor de Terpel por no haber extendido ella la propuesta o por ser deudora de la contraprestación (C.C., art. 1624). Por el contrario, a la hora de aplicar otra cláusula de la oferta, de tanta importancia como la de la remuneración, hay que reiterar que es en función de la "venta" intermediada que adquiere claridad el factor de la fórmula referente al "precio" ya prevista, por cierto, en la caduca oferta del 8 de agosto según se analizó; y es sabido que de conformidad con los artículos 1620 y 1621 del C. C., de lo que se trata para efectos de la interpretación de la oferta aceptada es de preferir, la más eficaz en función de la finalidad del contrato y de interpretar unas cláusulas por otras en forma integral.

Esta conclusión le brinda la razón a la argumentación que plantea Terpel con base en la orden de compra de la cual se deriva una contraprestación a favor de FGH SAS de valor aproximado de \$70 millones de pesos, y que la propia Terpel califica de

Vs.

Organización Terpel S.A.

aceptación "parcial". Señala Terpel que al haber aceptado la oferta enviada por FGH SAS por medio de la orden de compra, limitó dicha aceptación a los términos previstos precisamente en esa orden. Es decir, la convocada afirma que el contenido de la orden de compra fue lo único en que consintió Terpel, cuando en dicho documento se estipula: "(...) *INTERMEDIACIÓN PARA LA VENTA DE CAPACIDAD DE TRANSPORTE DE GAS 1000 KPCD colocados en el mercado del tramo Cuisiana- Cali, por 30 días durante 4 meses. Valor del tramo de transporte: \$2.76 USD/KPC Tasa de cambio de referencia \$1.800 Porcentaje de comisión del 12% (...).*"¹⁰⁶. En el mismo texto, se añade, se fija como valor de comisión la suma de \$71.442.286. Así lo asegura el Sr. Barreto, funcionario que intervino directamente en la negociación con FGH SAS:

"(...) SR. BARRETO: En respuesta a esta oferta nosotros expedimos una orden de compra, orden de compra que se expide por una capacidad limitada por unas unidades que eran mil KPCD por 4 meses, que es la unidad de comercialización de gas de transporte y la orden era muy explícita, era en respuesta a esa oferta, era la respuesta con que nosotros le decíamos a Fabián, -estamos aceptando su oferta acotada a que ser por un tiempo limitado-, por qué, porque era una prueba que íbamos a hacer de un mercado que estaba tremendamente difícil que era la venta del excedente de gas (...)." ¹⁰⁷

En el mismo sentido, la Sra. Carolina Escobar dijo:

*"(...) La orden de compra se elaboró con unas cantidades que conversé con el señor Fabián Gómez, en ese momento José Carlos me solicitó que hiciera una orden de compra, como la orden de compra debía salir por sistema, yo necesitaba unos datos adicionales, **la orden de compra sale por SAP, necesitaba la vigencia, el monto, las cantidades, me comuniqué con Fabián, acordamos que iba a ser hasta diciembre por mil KPCD, por el 12%, por la tarifa que tenía ese momento el tramo Cuisiana – Cali y por ese monto salió la orden de compra con condición de anticipo, por una intermediación para la venta de esa capacidad de mil KPCD mensuales (...).**" ¹⁰⁸ (Negritas fuera de texto)*

Como se señaló con anterioridad, frente a este aspecto FGH SAS repuso que la orden de compra sólo era un mecanismo para hacer operativo el contrato y que

¹⁰⁶ Folio 33 del C. de Pruebas No. 1.

¹⁰⁷ Testimonio rendido por el Dr. José Carlos Barreto, página 5.

¹⁰⁸ Testimonio rendido por la Dra. Carolina Escobar, página 2.

cuando Terpel aceptó la oferta del 20 de agosto de manera tácita, la aceptó en los términos que en ella se estipularon.

El Tribunal, de acuerdo con lo expuesto, concluye que las conductas desplegadas por Fabián Gómez y por los funcionarios de Terpel a propósito de las conversaciones referentes a la "renegociación", en vísperas de la aprobación por parte de la Junta Directiva de Terpel de la operación entre GDO y Terpel no tienen la entidad suficiente para ser consideradas, a la luz de lo previsto en el artículo 1622 del Código Civil, como fuente, o conjunta o unilateral y consentida por la otra parte, de una interpretación del contrato por su aplicación práctica por los contratantes que permitiera concluir que la operación con GDO está comprendida en su objeto, ello en virtud de que su resultado último corresponde a la finalidad buscada desde la tratativa misma.

El Tribunal no llega a esa conclusión, no sólo porque el propio oferente se circunscribió a intermediar una venta, sino porque, si se admite en gracia de discusión esa extensión del objeto del contrato, ella conduce a una interpretación opuesta a la eficacia del mismo en su integridad, lo cual se opone a lo dispuesto en los artículos 1620 y 621 del Código Civil, que prescriben tener en mente su totalidad, preservando su eficacia en forma acorde con su naturaleza. Y ello ocurriría porque si la gestión ante GDO estuviera amparada por el contrato, la remuneración de la misma quedaría sumida en la incertidumbre derivada de la inaplicabilidad de la fórmula ante la incógnita referente a cuál sería el "precio" que equivaldría a la de la venta. Y no considera el Tribunal que el precio de un suministro, no a favor de Terpel sino a cargo suyo, pueda cumplir esa función si se atiene al texto y naturaleza de la remuneración pactada en función de una intermediación para la "venta".

Todo lo expuesto conduce al fracaso de las pretensiones segunda y tercera de la demanda pues no puede declararse la cabal ejecución de las obligaciones propias del objeto del contrato surgido de la aceptación de la oferta del 20 de agosto, ni que en cumplimiento de la obligación contractual contenida en el artículo primero de dicho contrato se haya logrado colocar una capacidad ociosa, dado que, según se ha explicado, la convocante no llevó a cabo una *"intermediación para la venta de capacidad de transporte de gas"*.

IX. LA REMUNERACIÓN A FAVOR DE FGH SAS PREVISTA EN EL CONTRATO Y EL NEGOCIO CELEBRADO ENTRE GDO Y TERPEL

En ese orden de ideas, examina el Tribunal, en forma hipotética y confirmatoria de lo expuesto, qué ocurriría, si se entendiera que la gestión de la operación con GDO estaba amparada por el contrato, a la hora de aplicar la fórmula prevista para el cálculo de la comisión correspondiente a la retribución de los servicios ofrecidos por FGH SAS. Es en este aparte del laudo donde resulta relevante examinar las alegaciones de Terpel acerca de cómo el negocio gestionado por FGH SAS con GDO no fue una venta, para deducir de allí la inaplicabilidad de la fórmula de cálculo de la comisión que presupone un precio. Y esa conclusión, en vez de ser una petición de principio, confirma por qué la gestión de una operación como la que llevaron a cabo GDO y Terpel no estaba comprendida dentro del objeto del contrato que surgió de la aceptación tácita de la oferta del 20 de agosto.

De acuerdo con lo previsto en la oferta, la fórmula en ella prevista por el proponente contempla tres elementos para la determinación de la comisión a su favor, a saber:

VOLUMEN (CAPACIDAD DE TRANSPORTE COLOCADA EN KPC) * PRECIO * 12 Pct

En la estimación de la cuantía, la demanda de la convocante indica lo siguiente:

Capacidad ociosa colocada: 6.699 KPCD.

Esta cifra, según el hecho 30 que fue acreditado ante el Tribunal, proviene de la información contenida en los cuadros que al inicio de la ejecución entregó Terpel correspondientes a los años 2013 a 2020, y de ello obra prueba a folio 12 del C. de Pruebas 1. La parte demandada contestó el hecho diciendo que es cierto, y aclaró que es una estimación de valor pues *"no es posible prever con toda exactitud cuál sería el impacto que generaría la capacidad ociosa"*.

FGH SAS, por su parte, aplica la fórmula tomando esa cifra en consideración al negocio celebrado entre Terpel y GDO. En el hecho 31 de la demanda se señala que la tarifa es de US\$3.13/KPCD y se afirma que es la tarifa vigente a partir de la Resolución aplicable para enero de 2013, fecha de inicio del contrato con GDO. Esta tarifa, según se señala en los alegatos, no requiere ser probada ya que proviene de regulación proferida por la CREG -Comisión de Regulación de Energía y Gas- que

constituye un hecho notorio. Así las cosas, el cálculo indicado en la demanda sería el siguiente:

$$6.699\text{KPCD} * \text{US}\$3.13 * 365 \text{ (días)} * 8 \text{ (años de vigencia)} = \text{US}\$61.272.420$$

El 12% de esa cifra asciende, a su vez a US\$7.352.690 que es lo que pide la convocante con base en la operación celebrada entre GDO y Terpel.

Ahora bien, la pregunta que debe resolver el Tribunal es si el factor "precio" de la fórmula de la remuneración estaba atado o no a que la operación que lograra intermediar FGH SAS para desprender a Terpel de la capacidad ociosa de transporte de gas fuera una "venta" de la misma, entendida en el sentido legal típico de la expresión, que corresponde a la definición del artículo 905 del C. Co., ya citado, según el cual, se repite, *"La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a transmitir la propiedad de una cosa y la otra a pagarla en dinero. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio"*.

El Tribunal ya explicó por qué el objeto de la gestión encomendada a FGH SAS se circunscribió, como consecuencia de la libre decisión de FGH SAS, a la intermediación de la "venta" de la capacidad ociosa. Ahora bien, es claro que la operación gestionada con GDO condujo a Terpel a desprenderse de la capacidad ociosa, resultado que se obtuvo a través de un conjunto de actos como consecuencia de los cuales Terpel no quedó colocado en la posición jurídica de vendedor, esto es, en la de acreedor del pago de precio alguno. Lo que se pregunta ahora el Tribunal es si el propio oferente FGH SAS, en la forma diligente que le impone el ya explicado deber de seriedad y corrección que recae sobre quien formula una oferta y se vincula unilateralmente a ella, propuso o no una fórmula de remuneración que cobijara esa gestión que adelantó ante GDO, mencionada en un anexo de su comunicación del 8 de agosto y no en la del día 20 de ese mismo mes, y, si, de no haber sido así, cuál es la consecuencia de ello para los efectos del laudo que ha de poner fin a este proceso.

En otras palabras, hay que indagar si el contrato y la buena fe que rige la conducta de los contratantes llevan o no a entender incluida en la gestión contratada a FGH SAS una operación que no era una venta, indagación que se examina ahora con base en la fórmula que para tal efecto estipuló la propia FGH SAS en la oferta que Gazel aceptó. En esa indagación, el Tribunal debe tener presente que al invocar el

contrato y la buena fe contractual, hay que tener en cuenta que en la ley se señala, a propósito de los criterios de interpretación de los contratos, que – según ya se indicó- debe preferirse el sentido en que una cláusula produzca efectos a aquél en que no produzca efecto alguno; que a falta de voluntad contraria, hay que estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato; y que las cláusulas de un contrato se interpretan unas con otras, buscando para cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad (C.C., arts. 1620, 1621 y 1622).

Ante la discrepancia que existe entre las partes al respecto, y claramente expuesta por ellas en el proceso, al Tribunal le corresponde, como juez del contrato, desentrañar el real sentido del convenio, para lo cual se requiere una labor interpretativa, de calificación y de integración¹⁰⁹ de la declaración de voluntad consignada en la oferta propuesta por FGH SAS y aceptada por Gazel. Para tales efectos, el Tribunal debe indicar las premisas legales, con base en las cuales ha de establecer cuál es su naturaleza jurídica y debe interpretar sus alcances y efectos. Y al respecto, debe tener en cuenta que en la sentencia arriba citada, la Corte señala que *"(...) el proceso interpretativo, entendido en un sentido lato, comprende las labores de interpretación, calificación e integración del contenido contractual. Es la interpretación una labor de hecho enderezada a establecer el significado efectivo o de fijación del contenido del negocio jurídico y teniendo en cuenta los intereses de los contratantes; la calificación es la etapa dirigida a determinar su real naturaleza jurídica y sus efectos normativos; y la integración es aquél momento del proceso que se orienta a establecer el contenido contractual en toda su amplitud, partiendo de lo expresamente convenido por las partes, pero enriqueciéndolo con lo que dispone la ley imperativa o supletiva, o lo que la buena fe ha de incorporar al contrato en materia de deberes secundarios de conducta, atendiendo su carácter de regla de conducta -lealtad, corrección o probidad-."*

Así las cosas, a partir de la aplicación de las reglas previstas en los artículos 1618 y siguientes del Código Civil, aplicables en materia mercantil de conformidad con lo dispuesto en el artículo 822 del Código de Comercio, el Tribunal debe interpretar la voluntad consignada en la oferta del 20 de agosto formulada por FGH SAS en lo referente a la comisión, siendo claro que ese examen, no se reduce a una taxonomía textual y aislada de la cláusula de remuneración, sino que remite a la declaración de voluntad considerada en su integridad textual y fáctica, ésta última relacionada con la tratativa que dio origen a ella y con el otro antecedente

¹⁰⁹ CSJ, Sala de Casación Civil, m. p. A. Solarte, dic 19 de 2011, ref. 110001-31003-005-2000-01474-01

relevante, consistente en la oferta que no fue aceptada ni rechazada en tiempo por Gazel. En lo referente a la función integradora de la interpretación, ésta debe remitirse a los efectos normativos del principio de la buena fe, cuyo alcance obligatorio ha sido expresamente consagrado en el derecho vigente, tanto en materia precontractual, con alcance indemnizatorio (C. Co. art. 863), como en materia contractual, con un alcance complementario de lo expresamente pactado por las partes, en la medida en que ello corresponda a la naturaleza del respectivo contrato, de conformidad con la ley, la costumbre o con la equidad (C.C. art. 1603, C. Co. art. 871).

El Tribunal debe precisar que esa labor "enriquecedora" -como se describe en la citada sentencia- propia de la integración, se basa en el derecho vigente, y que su alcance en cada caso concreto depende a su vez del contenido y efectos propios de la **naturaleza** de la respectiva declaración de voluntad, pues dicho "enriquecimiento" interpretativo no le permite al juez desbordar su alcance para contradictoriamente, **desnaturalizarla**, toda vez que el carácter normativo del principio de la buena fe no faculta al juez para sustituir a los contratantes, menos en sede de una disputa contractual sujeta a los límites habilitantes propios de la cláusula compromisoria. Siempre es pertinente en estas materias traer a cuento la precisión de Alessandri y Somarriva, de acuerdo con la cual, *"No hay que confundir con la interpretación, que se limita a revelar e indagar la voluntad de las partes, la operación encaminada a suplir las lagunas del contrato, esto es, los puntos que los contratantes no previeron en el convenio y que mal podían, por tanto, resolver. (-) Como no hay ley que indique la manera de llenar las lagunas del contrato, habrá que recurrir a la equidad y aplicar, por ende, los principios que parezcan más justos al caso particular de que se trata. (-) Las lagunas se presentan principalmente tratándose de contratos innominados. En estos casos los autores estiman que, para reglar sus efectos, deben aplicarse en primer lugar las reglas generales de los contratos, después las estipulaciones de las partes y finalmente la regla de los contratos afines, o sea, para colmar la laguna se acepta la analogía. (-) Sin embargo, hay que insistir en que ninguna regla general debe aceptarse, las lagunas deben llenarse atendiendo el caso concreto lo que se trate."*¹¹⁰

Una vez establecida mediante la interpretación de la misma, el alcance de la declaración de voluntad, y definida o calificada su tipicidad o atipicidad, la labor integradora tiene lugar en presencia de lagunas contractuales o frente a un contenido contractual deficiente. Y al acometer esa labor en cumplimiento de su

¹¹⁰ Alessandri Rodríguez, Arturo y Somarriva Undurraga, Manuel. Derecho Civil, Contratos, Tomo I, Imprenta Universal, Santiago de Chile, 1988, p. 300

deber de administrar justicia, este Tribunal no puede exceder dos límites normativos: el primero, consistente en su deber de fallar en derecho y no en equidad, derecho que prevé la aplicación de principio de la buena fe para establecer si en función de **la naturaleza** de la respectiva declaración de voluntad (y no en abstracto ni por fuera de ella), es posible o no determinar la existencia de obligaciones adicionales de las pactadas con base en la ley, la costumbre o la equidad (C.Co., art. 871); y el segundo, propio del carácter rogado de la justicia que, por autorización constitucional y dentro de la competencia que se deriva de la cláusula compromisoria, imparte el tribunal arbitral, corresponde al perímetro que trazan las pretensiones pedidas por las partes, y que no puede desbordar el Tribunal, so pena de incongruencia del fallo.

La doctrina local, con buen sentido, ha destacado que esos tres momentos o facetas de la actividad hermenéutica del fallador no se deslindan en los casos concretos en la forma nítida en que lo muestra su examen académico, y ha precisado que, en la realidad, el acto interpretativo es unitario¹¹¹. Con esa advertencia en mente, el Tribunal ya ha adelantado, y lo reitera ahora, que el contrato objeto del litigio resultó de la aceptación tácita de una oferta, la del 20 de agosto, y que la conducta a cargo del oferente, a cambio de una remuneración, tenía por objeto la gestión e incluso la proposición a terceros de negocios adecuados para que Terpel pudiera disponer de la capacidad ociosa de transporte de gas; y que mientras que el 8 de agosto ello cobijaba en forma amplia negocios de comercialización conducentes a esa disposición, como lo era el negocio con GDO delineado en el anexo, en la oferta del 20 de agosto, que fue la que, sin anexo alguno decidió formular FGH SAS cuando transcurrió sin aceptación el término que para la aceptación de la primera oferta prevé la ley, FGH SAS redujo el ámbito de la gestión a su cargo a la intermediación para la "venta" de dicha capacidad.

Y en ese preciso contexto del objeto de la gestión encomendada a FGH SAS con base en su propia propuesta, en la cual no se atisban "lagunas" de índole alguna, el Tribunal debe preguntarse si interpretando el contrato con base en la ley, y a la luz no sólo del texto de la oferta sino de la conducta de los contratantes, a la expresión "venta" debe dársele un alcance funcional, esto es, que se centre en la disposición del superávit de capacidad de transporte, de manera que cobije operaciones que,

¹¹¹ Jaramillo J, Carlos Ignacio. Interpretación, calificación e integración del contrato, Pontificia Universidad Javeriana y al., Bogotá, 2014, p. 45

como la delineada el 8 de agosto con GDO y posteriormente celebrada entre ella y Terpel, condujera a ese resultado económico.

Entiende el Tribunal que para interpretar así la gestión objeto del contrato surgido de la aceptación de la oferta del 20 de agosto, teniendo en cuenta el iter precontractual del cual forma parte el tantas veces citado anexo de la comunicación del 8 de agosto que delineaba o preludiaba el esquema de la operación con GDO, el Tribunal debe ceñirse al canon interpretativo del artículo 1618 del Código Civil, en el cual se señala, y siempre es conveniente repetirlo, que una vez conocida la intención de los contratantes, como se ha establecido aquí, el juez debe estarse a ella más que al literal de las palabras. Pues bien, el cambio que el propio proponente hizo en el objeto de su oferta, pasando, como ya se explicó, de una comercialización en general a una "venta" de la capacidad ociosa en particular, arroja claridad acerca de la intención restrictiva, porque: cómo más puede entenderse esa delimitación de lo que antes era genérico, llevada a cabo cuando la primera oferta ya no tenía fuerza obligatoria, y llevada a cabo sin incluir el anexo que preludiaba la operación con GDO, que no era de "venta"?

La claridad acerca de esa intención especificadora se advierte al tener en cuenta que la fórmula de remuneración tiene el mismo texto de la oferta del 8 de agosto. En efecto, la existencia de esa cláusula en ambos documentos, en vez de servir de argumento para extender el contrato a operaciones de disposición de la capacidad ociosa de transporte distintas de ventas, reafirma que la especificación en cuestión corresponde a la intención del oferente, pues la inclusión en la fórmula del factor "precio" adquiere una claridad que no tenía en la oferta del 8 de agosto; y ello porque cuando el objeto de la gestión consiste en intermediar para la "venta" de la capacidad, el "precio" es un elemento esencial de ésta. Y es sabido que, de conformidad con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 1622 del Código Civil, *"las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga a contrato en su totalidad"*, de manera que esa armonización del objeto de la oferta del 20 de agosto con la fórmula aplicable a la determinación de la comisión a favor de FGH SAS deja sin oficio el ejercicio argumentativo consistente en interpretar unas por otras las dos ofertas cuando la posterior es clara en sí misma y, además, fue formulada después de que la anterior caducó por cuanto no fue aceptada en término, sin que la falta de rechazo autorice para complementar con ella la oferta que finalmente FGH SAS decidió presentar.

Y admite el Tribunal que en atención a la naturaleza del negocio podría darse un debate acerca de si cabrían operaciones de transferencia de la capacidad ociosa a títulos distintos de venta, pero siempre a cambio de un "precio" percibido por Terpel, como ocurriría, por ejemplo, si Terpel se convirtiera, en proveedor de la misma; pero en un caso como el de la operación de GDO, lo que ocurrió es que Terpel, en vez de tener como acreedor el derecho a percibir un precio, se convirtió en deudor de una remuneración frente a GDO, de manera que la naturaleza del negocio gestionado no es asimilable ni equiparable a la "venta" cuya intermediación ofreció FGH SAS el 20 de agosto.

Fijado así el alcance de la gestión de comercialización objeto del contrato, que se desplegaba a cambio de una remuneración, esos dos elementos básicos de la declaración contenida en la oferta del 20 de agosto son los que constituyen su esencia (C.C., art. 1501), pues una gestión gratuita, o incluso remunerada pero que tuviera un objeto distinto, correspondería a un acto distinto del convenido entre las partes. Pues bien, de qué clase de contrato se trata? Como es usual entre los hombres de negocios, esa discusión no los distrae, pues su interés se centra en la obtención de sus propósitos empresariales, y no en la calificación de los medios jurídicos adecuados para ello. En términos de la tipificación del mismo, se abre la puerta para establecer si se trata de un contrato típico o no; pero ante la estipulación clara y expresa acerca de la forma de remunerarlo, se trata de una averiguación más bien teórica, que no es propia de litigios ni de laudos; y por eso el apoderado de la convocante que diseñó la oferta, en forma acorde con ese sentido práctico, señala que *"En conclusión, se está en presencia de un contrato mercantil de prestación de servicios profesionales de intermediación y por consiguiente de carácter oneroso"* (alegato de conclusión, p. 17).

En este caso, la referencia a un precio como factor de la fórmula de cálculo de la remuneración de una intermediación propuesta para la venta de la capacidad ociosa, en el contexto de un sistema de aceptación originariamente diseñado a partir de la emisión de una orden de compra, fue hecha por el mismo oferente que el 8 de agosto había tenido en consideración la posibilidad de una operación – la de GDO– distinta de una compraventa, no obstante lo cual diseñó autónomamente la fórmula para calcular su remuneración en función de operaciones que dieran lugar a un "precio", que hay que entender que es de venta y que debía ser percibido por Terpel.

Frente a la gestión desarrollada con ocasión del negocio con GDO, en el cual no se produjo una "venta" de la capacidad ociosa, de manera que no surgía de ella un "precio" que pueda usarse para efectos de la aplicación de la fórmula que la propia FGH SAS determinó para el cálculo de su remuneración, el Tribunal debe tener en cuenta que en aras de interpretar e integrar una declaración de voluntad, el juez no puede suplir la voluntad, en este caso del oferente, so pretexto de enmendarle la plana a las deficiencias en que haya podido incurrir en su declaración vinculante. Así las cosas, en forma acorde con la eficacia de esa previsión de la oferta, y de manera acorde también con la naturaleza del contrato ofrecido, dada la ausencia de voluntad contraria, e interpretándola en conjunción con el resto de la oferta, en particular con el sistema que el oferente previó para que fuera aceptada su propuesta (y que no fue óbice para que se presentara la aceptación tácita de Terpel), el Tribunal concluye, con apego a los citados artículos 1618, 1620 y 1622 del Código Civil, que dicha fórmula, a la luz de lo estipulado por FGH SAS resulta inaplicable para el cálculo de la remuneración de la gestión de FGH SAS ante la gestión de un negocio en el cual no se produjo una "venta" por parte de Terpel de la capacidad ociosa.

La sustitución de la venta por ejemplo, por un suministro no ofrecería problema para estos efectos del cálculo de la remuneración, siempre y cuando fuera entonces Terpel quien proveyera la capacidad de transporte y, a cambio de ello, recibiera la contraprestación respectiva (C. Co., art. 968), máxime dada la afinidad existente entre la venta y el suministro (C. Co., art. 980), y en el entendido, claro, de que el "precio" del susodicho e hipotético suministro fuera determinado o determinable.

Como la operación intermediada no dio origen a esa clase de contraprestación dineraria a favor de Terpel, la alternativa sería, entonces, con base en la naturaleza del contrato derivado de la aceptación de la oferta del 20 de agosto, y que el apoderado de la convocante, con buen sentido práctico, según se señaló ya, se abstuvo de tipificar, buscar, más allá de lo expresamente pactado y con base en los mandatos de la buena fe, la remuneración acorde con dicha naturaleza. Y ese ejercicio tampoco conduce a un resultado acorde con las pretensiones invocadas ante el Tribunal, ni que fluya de la aplicación de los principios rectores de la ejecución de los contratos.

La forma en que se pactó la remuneración va atada a que la operación intermediada fuera una venta, pues al ser incierta la aplicación de la fórmula a falta del factor

Vs.

Organización Terpel S.A.

correspondiente al precio de la venta, la determinación de la remuneración a favor de FGH SAS no puede llevarse a cabo.

La causa de esta inaplicabilidad de la fórmula que la propia FGH SAS diseñó, para efectos de remunerar la gestión que ella llevó a cabo por su propia iniciativa respecto de la operación con GDO, radica en que Terpel no recibe una remuneración a cambio de la capacidad ociosa de la cual efectivamente dispuso gracias al esquema ideado por FGH SAS, acogido por GDO y, por supuesto, por la propia Terpel, acogido teniendo en cuenta, como se dijo en la reunión de su junta directiva del 11 de octubre de 2012, que esa operación, "...permitiría reducir las pérdidas de USD \$ 59 millones a USD \$23 millones". Como lo puso de relieve en su alegato la convocada, y tal y como lo confirmó Fabián Gómez al ser interrogado al respecto, Terpel, en vez de recibir el pago de un precio, como consecuencia de la operación con GDO resultó obligada a pagar un margen de comercialización que antes no pagaba¹¹². No se trata, contra lo que sostiene el apoderado de la parte convocante, con el respaldo de la mejor doctrina local, de aceptar, como es claro desde la época de don Fernando Vélez, que las compraventas admiten la mayor variedad posible de modalidades y de cláusulas accidentales, asunto fuera de discusión, sino de atenerse a la intención plasmada por el oferente, quien, no obstante tener claro que se proponía gestionar una operación que no dejaba a Terpel en condición de vendedor o de enajenante en general a cambio de una contraprestación dineraria de la capacidad ociosa, estipuló que su propia comisión o remuneración se calculaba con base en un precio de venta.

Así las cosas, lo que concluye el Tribunal, que debe fallar en derecho, y no en equidad, y en el ámbito contractual, y no extracontractual, es que la pretensión de pago de la comisión de la convocante está edificada a partir de la determinación de la misma con la aplicación de la fórmula que la convocante diseñó en función de un "precio" que, de cara a la operación con GDO, no resulta de ninguna venta ni de ningún otro contrato que le genere a Terpel el derecho a obtener una contraprestación en dinero a cambio de la disposición de la capacidad ociosa, cualquiera que sea el medio o medios contractuales, típicos o no, que conduzcan a que produzcan ese efecto. Ante la ausencia de una "laguna" contractual al respecto, y ante el hecho consistente en que de la conducta de las partes no se puede inferir una modificación del contrato que condujera a incluir en él la gestión de la operación con GDO, la cláusula de remuneración vista frente a dicho negocio añade

un problema adicional de inaplicabilidad de la misma, que, según se dijo, lo que confirma es que la gestión no está cobijada por el contrato. A ese respecto el canon de la buena fe no suministra herramientas que el juez arbitral, que está atado a la competencia que se deriva de la cláusula compromisoria, pueda usar para determinar la contraprestación a cargo de Terpel y a favor de FGH SAS para remunerar la gestión que efectivamente adelantó ante GDO y que condujo a la operación que la junta directiva de Terpel aprobó con base en las consideraciones ya mencionadas en este laudo, referentes a una considerable reducción de pérdidas. La obtención de un beneficio o la disminución de una pérdida para Terpel a través de la operación con GDO sirve para apreciar el impacto del servicio de FGH SAS; pero para los efectos de este laudo no suministra factores que puedan ser discrecionalmente identificados por el juez para reemplazar el "precio" dentro de la fórmula de cálculo de la comisión diseñada para remunerar la gestión de FGH SAS.

Ante esa situación, el Tribunal, incluso bajo el amparo de la buena fe contractual (C.c. Art. 1603 y CCo Art. 871) y teniendo en cuenta que el contrato entre FGH SAS y Terpel era bilateral y remunerado, en busca de una contraprestación natural a la gestión, no puede apartarse de que la misma parte que llevó a cabo una gestión que condujo a un negocio distinto de una "venta", había previsto que para la determinación de su comisión se tomaba el "precio" de la "venta" que promoviera en desarrollo de su encargo. Esto significa que en la oferta propuesta por el propio acreedor de la remuneración, éste ha debido prever lo pertinente para efectos de remunerar la gestión de un negocio sin "precio" (que es algo muy diferente a que Terpel no asumiera contraprestaciones o no obtuviera ventajas), como el que gestionó ante GDO, o probar en este juicio cuál era el "precio" equivalente, so pena de soportar la interpretación adversa a su pretensión. La falta de la explicación y sustento pertinente para el efecto en la cláusula de remuneración, genera a todas luces una ambigüedad que debe interpretarse en su contra, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 1624 del C.C. Y tampoco se probó, en función de la naturaleza del contrato, cuál sería el monto o la forma de determinar la contraprestación a favor de la convocante, sin que pueda el Tribunal sobrepasar o sustituir a los contratantes en nombre de la equidad, toda vez que no tiene en el expediente la prueba de los elementos que le permitan establecer la remuneración en función de la gestión acorde a la "naturaleza" del contrato y a partir de la cual, de acuerdo con el artículo 871 del C.Co., debiera determinar lo que en buena fe corresponde al mismo, delicado ejercicio integrador para el cual no basta decir que

¹¹² Folio 360 del C. de Pruebas No. 1. Alegato de conclusión de la convocada, p. 40.

la naturaleza del contrato es la de ser remunerado, pues en el propio contrato la referencia al "precio" tiene las connotaciones ya vistas.

Por lo expuesto, la pretensión quinta de la demanda referida al pago de la comisión pedida por la convocante tampoco ha de prosperar y así se dispondrá en la parte resolutive de este laudo.

Y aclara el Tribunal que su pronunciamiento al respecto es ajeno, como corresponde al ámbito de su competencia rogada, a considerar cualquier pretensión o argumentación que, con base en los hechos aquí invocados, pudiera hacerse valer en un contexto extracontractual, como el del enriquecimiento sin justa causa mencionado por el apoderado de la convocada en el alegato de conclusión. Y se debe añadir que en el marco contractual que delimita la pretensión del pago de la remuneración con base en la mentada fórmula, que es distinta de una pretensión indemnizatoria, tampoco procede dar aplicación al respecto a lo dispuesto en el artículo 16 de la ley 446 de 1998, que determina: *"VALORACION DE DAÑOS. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales"*.

X. LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO

FGH SAS afirma en la demanda que el 18 de noviembre de 2012, José Carlos Barreto se comunicó por vía telefónica con el Sr. Gómez y le dijo que no continuara con la negociación del resto de la capacidad ociosa correspondiente al tramo Ballenas. Sebastopol que adelantaba con EPM, hasta que no se aclarara el tema de los honorarios. En la contestación de la demanda Terpel sostiene que ese hecho no es cierto como está planteado, porque FGH SAS afirma que Terpel interrumpió las negociaciones adelantadas con EPM cuando, en ese momento, en realidad no se estaban adelantando negociaciones con esa compañía y, mucho menos, se estaba negociando la venta de la capacidad ociosa de transporte de Terpel en el tramo Ballenas Sebastopol. Indica que las ofertas que se formularon a EPM no tenían como propósito lo que en el hecho se afirma y, en todo caso, que era necesario llegar a un acuerdo sobre los honorarios de FGH SAS por la gestión realizada con GDO. No tenía sentido continuar con la ejecución del contrato mientras no se resolviera semejante asunto, sobre todo si se tiene en cuenta que para ese tramo se habían hecho unas

recomendaciones, que derivaron en las ofertas presentadas el 19 de octubre de 2012, pero que no eran concordantes con el objeto del contrato celebrado con FGH SAS.

En los alegatos de conclusión ambas partes se pronuncian sobre las negociaciones que FGH SAS adelantaba con EPM, y acerca de la pretensión de la convocada encaminada a pedir que se declare que Terpel terminó de manera unilateral y anticipada el contrato celebrado entre las partes. FGH SAS sostiene que durante el proceso también se acreditó que Organización Terpel, al disponer que no se continuara con las negociaciones que estaban siendo adelantadas con Empresas Públicas de Medellín, dio por terminado, de manera abrupta y en forma unilateral, el contrato de intermediación suscrito entre las partes.

Lo anterior se evidencia, según la convocante, en las declaraciones que cita del Sr. Barreto y la Sra. Escovar así:

"DR. Cuello: ¿La instrucción que recibió Fabián Gómez para no continuar la negociación con EPM fue dada por usted?"

"SR. BARRETO: Yo no me acuerdo muy bien, pero debí haberle manifestado a Fabián que hasta que no arregláramos lo de la remuneración en cuanto al encargo de GDO porque resultó siendo totalmente diferente a lo que habíamos convenido, que no siguiera ningún tipo de gestión porque mal habría yo haberle dicho -siga con lo gestión-, cuando de pronto me sale con algo que no era lo que nosotros habíamos encargado y entonces hubiéramos tenido allí una diferencia, -no siga con ningún tipo de gestión-, en cuanto a la orden que se había encomendado, no sé si específicamente EPM o cualquier otro cliente."¹¹³

La Sra. Sylvia Escovar sostuvo:

"DR. CUELLO: ¿Sabe usted que se le dio la orden a FGH de que no continuara con el proceso de negociación en el mismo paquete que se había estructurado en el caso de EPM?"

"SRA. ESCOVAR: No, de hecho cuando yo me senté en Barranquilla con Fabián, lo que le dije es, mire, continuemos con lo de EPM, enmarquémoslo dentro de una

¹¹³ Testimonio rendido por el Dr. José Carlos Barreto, página 15.

misma negociación, una negociación diferente y ahí están los 1.400 millones famosos de los que yo hablaba, o sea eran dentro de las cuentas que yo hacía del 1% sobre un valor, era EPM más GDO, me acuerdo que Fabián me decía: no, pero no me meta EPM ahí; lo que sí pasó después es que cuando definitivamente dijimos que no, dijimos: no, entonces no hagamos nada con Fabián porque no estamos hablando el mismo lenguaje.

"DR. CUELLO: ¿Le ruego que precise si le dieron la orden a Fabián Gómez de que no continuara el proceso de negociación con EPM.

"SRA. ESCOBAR: Doctor Cuello, yo no le puedo decir eso porque no sé si José Carlos le dijo o no le dio esa orden, lo único que me consta a mí y es lo que me han pedido que diga, es que en el momento en que yo negocié con Fabián le había dicho: si logramos llegar a esto continuemos con EPM; lo que implícitamente quería decir, si no llegamos a esto no continúe con lo de EPM."¹¹⁴

El apoderado de la convocante sostiene que las gestiones que FGH SAS llevó a cabo están acreditadas con los correos electrónicos mediante los cuales informó sobre las mismas y con las declaraciones que él mismo dio al ser interrogado por el Presidente del Tribunal. En esa oportunidad el Sr. Gómez, ante las preguntas del Tribunal que se transcriben, dijo:

"DR. PINZÓN: Al absolver usted la décima pregunta que le formularon, en el contexto de describir sus conversaciones con el doctor Barreto y con la doctora Escobar, usted textualmente mencionó al referirse al valor propuesto por usted una frase en la que dijo, incluía lo de EPM, ¿a qué se refería al usted hacer esa aclaración?

"SR. GÓMEZ: Cuando hablamos de los de EPM es que había una negociación por 1.800 millones que era por lo ya consolidado.

"DR. PINZÓN: ¿Una negociación entre quiénes y desde qué momento, una negociación de EPM y entre quién?

"SR. GÓMEZ: No, la negociación de EPM yo le explico si le amplio desde el principio.

DR. PINZÓN: Sí, por favor. SR. GÓMEZ: Cuando yo recibo la carta de autorización, recibo de Gazel la carta de autorización para negociar las cantidades sobrantes,

¹¹⁴ Testimonio rendido por la Dra. Sylvia Escobar, página 15.

sabía que la orden de compra estaba en trámite, que el anticipo estaba en trámite, dije, voy a estudiar el negocio en sí, mire el negocio y miro donde estaban las capacidades ociosas, cualquiera que hace el ejercicio de esa hoja electrónica, aproximadamente el 60% estaba concentrada en volúmenes en el Valle del Cauca y el otro 30% estaba considerado en Ballenas Sebastopol esos dos clientes potenciales era la parte donde uno debía priorizar esfuerzos y en efecto así se hizo y en efecto lo propuse el 8 de agosto en mi propuesta, términos de referencia y cuando se adelantó el contrato también se hizo así, hago el contacto con EPM y con EPM hay dos cosas que es importante aclarar y que no logra uno en unos hechos y unas cosas poner en detalle.

"Hay unas ofertas mercantiles que se enviaron, unas ya estaban aceptadas, otras no, qué se buscaba con esas ofertas, como EPM es una empresa con participación del Estado o municipal, es más lenta en tomar decisiones y en estos negocios de gas, yo llamo por la mañana y me tienen que dar respuesta por la tarde, si no, no vendo porque las nominaciones son en la mañana y las respuestas en la tarde, con EPM lo que yo acordé con Tulio Betancourt en su momento fue, él me dijo: envíeme las ofertas para tener abierta la posibilidad de compra de esos volúmenes que tiene, tanto de Guajira como de Cusiana; posibilidades de hacer transportes con desvíos, esto implica un parte técnica del tema de manejo de gas.

"Otra parte con EPM era la negociación en sí como se hizo con GDO, es cuál es la oferta de valor agregado que debería estructurar FGH para lograr que EPM comprar ese volumen y esa es la parte en donde está el valor agregado que yo puedo aportar por 25 años de experiencia, una simple oferta que yo le entregue a cualquiera de ustedes, eso no vende, hay que diferenciar bien, eso era una simple operación por aprovechar la oportunidad, en ese momento podían decir que habían restricciones por mayor demanda eléctrica, etc., y usted le podía entregar y descargar un poco, pero aquí lo que uno buscaba en el fondo y lo que Silvia Escobar me solicitó a mí, me dijo: me interesa que usted se encargue de esto; es que FGH o Fabián Gómez le estructurarán una propuesta de valor agregado en donde fuera capaz de colocarle a EPM un volumen de capacidad ociosa, aclara eso su pregunta doctor."⁴¹⁵

FGH SAS concluye que, "con pleno soporte probatorio en el expediente, queda demostrado que FGH S.A.S. cumplió cabalmente con el objeto del contrato, hasta el momento en que ORGANIZACIÓN TERPEL decidió, unilateral e infundadamente, darlo por terminado, pues intermedió para la comercialización de la ociosidad de transporte de Cusiana- Cali, logrando colocarla y generando el beneficio pretendido por TERPEL, y había iniciado gestiones para la colocación de la capacidad ociosa de transporte de gas natural en

Vs.

Organización Terpel S.A.

el tramo de gasoducto Ballenas- Sebastopol, concretado en la causa del contrato ejecutado.”(Alegato de Conclusión, FGH SAS.)

Terpel, por su parte sostiene que, frente al tramo Ballenas- Sebastopol no se materializó ningún negocio relacionado con la capacidad de transporte de Terpel. Afirma que esa compañía nunca fue informada de que se hubiera llevado a cabo gestión alguna que pudiera llegar a producir un efecto positivo para la convocada. Señala que no hay prueba que obre en el proceso que acredite que la gestión que FGH SAS dice que hubo en relación con este tramo específico, efectivamente se haya realizado; y que tampoco hay prueba de que hubiera alguna probabilidad mínima de que se negociara la capacidad de ese tramo.

Afirma que Terpel no celebró ningún negocio con EPM ni con otra empresa relacionado con la venta de la capacidad ociosa del tramo Ballenas- Sebastopol; Y sostiene que nunca se encargó a FGH SAS la venta de la capacidad ociosa del tramo Ballenas- Sebastopol, por lo que es obvio que en relación con este se haya terminado unilateralmente un contrato.

Lo anterior, según la convocada, fue corroborado por el Sr. Barreto al declarar:

"(...) Yo no me acuerdo muy bien, pero debí haberle manifestado a Fabián que hasta que no arregláramos lo de la remuneración en cuanto al encargo de GDO porque resultó siendo totalmente diferente a lo que habíamos convenido, que no siguiera ningún tipo de gestión porque mal haría yo haberle dicho -siga con la gestión-, cuando de pronto me sale con algo que no era lo que nosotros habíamos encargado y entonces hubiéramos tenido allí una diferencia, -no siga con ningún tipo de gestión-, en cuanto a la orden que se había encomendado, no sé si específicamente EPM o cualquier otro cliente (...)."¹¹⁵

FGH SAS afirma en la demanda que el 18 de noviembre de 2012, José Carlos Barreto se comunicó por vía telefónica con el Sr. Gómez y le dijo que no continuara con la negociación del resto de la capacidad ociosa correspondiente al tramo Ballenas- Sebastopol que adelantaba con EPM, hasta que no se aclarara el tema de los honorarios. En la contestación de la demanda Terpel sostiene que ese hecho no es cierto como está planteado, porque FGH SAS afirma que Terpel interrumpió las

¹¹⁵ Interrogatorio de Parte absuelto por Fabián Gómez, pregunta No. 10 y páginas 7 y 8.

¹¹⁶ Testimonio rendido por el Dr. José Carlos Barreto, página 15.

Vs.

Organización Terpel S.A.

negociaciones adelantadas con EPM cuando, en ese momento, en realidad no se estaban adelantando negociaciones con esa compañía y, mucho menos, se estaba negociando la venta de la capacidad ociosa de transporte de Terpel en el tramo Ballenas - Sebastopol. Indica que las ofertas que se formularon a EPM no tenían como propósito lo que en el hecho se afirma y, en todo caso, era necesario llegar a un acuerdo sobre los honorarios de FGH SAS por la gestión realizada con GDO. No tenía sentido continuar con la ejecución del contrato mientras no se resolviera semejante asunto, sobre todo si se tiene en cuenta que para ese tramo se habían hecho unas recomendaciones, que derivaron en las ofertas presentadas el 19 de octubre de 2012, pero que no concuerdan con el objeto del contrato celebrado con FGH SAS.

En los alegatos de conclusión ambas partes se pronuncian sobre las negociaciones que FGH SAS adelantaba con EPM, y acerca de la pretensión de la convocada encaminada a pedir que se declare que Terpel terminó de manera unilateral y anticipada el contrato celebrado entre las partes. FGH SAS sostiene que durante el proceso también se acreditó que Organización Terpel, al disponer que no se continuara con las negociaciones que estaban siendo adelantadas con Empresas Públicas de Medellín, dio por terminado, de manera abrupta y en forma unilateral, el contrato de intermediación suscrito entre las partes.

El apoderado de la convocante sostiene que las gestiones que FGH SAS llevó a cabo están acreditadas con los correos electrónicos mediante los cuales informó sobre las mismas y con las declaraciones que él mismo dio al ser interrogado por el Presidente del Tribunal. En esa oportunidad el Sr. Gómez, ante las preguntas del Tribunal que se transcriben, dijo:

"DR. PINZÓN: Al absolver usted la décima pregunta que le formularon, en el contexto de describir sus conversaciones con el doctor Barreto y con la doctora Escobar, usted textualmente mencionó al referirse al valor propuesto por usted una frase en la que dijo, incluía lo de EPM, ¿a qué se refería al usted hacer esa aclaración?"

"SR. GÓMEZ: Cuando hablamos de los de EPM es que había una negociación por 1.800 millones que era por lo ya consolidado."

"DR. PINZÓN: ¿Una negociación entre quiénes y desde qué momento, una negociación de EPM y entre quién?"

"SR. GÓMEZ: No, la negociación de EPM yo le explico si le amplio desde el principio.

DR. PINZÓN: Sí, por favor. SR. GÓMEZ: Cuando yo recibo la carta de autorización, recibo de Gazel la carta de autorización para negociar las cantidades sobrantes, sabía que la orden de compra estaba en trámite, que el anticipo estaba en trámite, dije, voy a estudiar el negocio en sí, mire el negocio y miro donde estaban las capacidades ociosas, cualquiera que hace el ejercicio de esa hoja electrónica, aproximadamente el 60% estaba concentrada en volúmenes en el Valle del Cauca y el otro 30% estaba considerado en Ballenas Sebastopol esos dos clientes potenciales era la parte donde uno debía priorizar esfuerzos y en efecto así se hizo y en efecto lo propuse el 8 de agosto en mi propuesta, términos de referencia y cuando se adelantó el contrato también se hizo así, hago el contacto con EPM y con EPM hay dos cosas que es importante aclarar y que no logra uno en unos hechos y unas cosas poner en detalle.

"Hay unas ofertas mercantiles que se enviaron, unas ya estaban aceptadas, otras no, qué se buscaba con esas ofertas, como EPM es una empresa con participación del Estado o municipal, es más lenta en tomar decisiones y en estos negocios de gas, yo llamo por la mañana y me tienen que dar respuesta por la tarde, si no, no vendo porque las nominaciones son en la mañana y las respuestas en la tarde, con EPM lo que yo acordé con Tulio Betancourt en su momento fue, él me dijo: envíeme las ofertas para tener abierta la posibilidad de compra de esos volúmenes que tiene, tanto de Guajira como de Cusiana; posibilidades de hacer transportes con desvíos, esto implica un parte técnica del tema de manejo de gas.

"Otra parte con EPM era la negociación en si como se hizo con GDO, es cuál es la oferta de valor agregado que debería estructurar FGH para lograr que EPM comprar ese volumen y esa es la parte en donde está el valor agregado que yo puedo aportar por 25 años de experiencia, una simple oferta que yo le entregue a cualquiera de ustedes, eso no vende, hay que diferenciar bien, eso era una simple operación por aprovechar la oportunidad, en ese momento podían decir que habían restricciones por mayor demanda eléctrica, etc., y usted le podía entregar y descargar un poco, pero aquí lo que uno buscaba en el fondo y lo que Silvia Escobar me solicitó a mí, me dijo: me interesa que usted se cargue de esto; es que FGH o Fabián Gómez le estructuraran una propuesta de valor agregado en donde fuera capaz de colocarle a EPM un volumen de capacidad ociosa, aclara eso su pregunta doctor."¹¹⁷

¹¹⁷ Interrogatorio de Parte absuelto por Fabián Gómez, pregunta No. 10 y páginas 7 y 8.

Vs.

Organización Terpel S.A.

FGH SAS concluye que, *"con pleno soporte probatorio en el expediente, queda demostrado que FGH SAS cumplió cabalmente con el objeto del contrato, hasta el momento en que ORGANIZACIÓN TERPEL decidió, unilateral e infundadamente, darlo por terminado, pues intermedió para la comercialización de la ociosidad de transporte de Cusiana- Cali, logrando colocarla y generando el beneficio pretendido por TERPEL, y había iniciado gestiones para la colocación de la capacidad ociosa de transporte de gas natural en el tramo de gasoducto Ballenas. Sebastopol, concretado en la causa del contrato ejecutado."* (Alegato de Conclusión, FGH SAS.)

Organización Terpel afirma que, en primer lugar, no fue enterada de una gestión concreta al respecto y nunca se firmó un contrato entre EPM y Terpel, mediando la gestión de FGH SAS que versara sobre la capacidad ociosa del tramo Ballenas-Sebastopol. Agregó que suponiendo que tal gestión hubiera existido, la convocada tenía la posibilidad de manifestar su desinterés en la misma porque nunca le otorgó un encargo en ese sentido a FGH SAS.

El Tribunal considera que está probado que FGH SAS había iniciado acercamientos con EPM con el fin de negociar lo relacionado con la capacidad ociosa del tramo Ballenas Sebastopol y que Terpel fue enterada de esa circunstancia. De hecho, en el correo electrónico enviado por Fabián Gómez a Carolina Escobar y a José Carlos Barreto el 26 de septiembre y cuyo asunto es "Memoria reunión Sept 25-12", se dice:

*"Suministro de gas natural a Medellín a partir del año 2014. Se comentó que es importante definir la fuente de suministro para Medellín a partir de 2014, con el fin de tomar una decisión en este momento sobre **la venta** de la capacidad de transporte contratada en el tramo Ballenas- Sebastopol, la cual está ociosa en la actualidad; se comentó también sobre las conversaciones adelantadas por FGH SAS con EPM, para revisar acuerdos que conlleven a disminuir el impacto de los costos de ociosidad."*⁴¹⁸ (Negrillas del Tribunal)

Para el Tribunal tan existentes eran las gestiones de FGH SAS con EPM, y tan enterada estaba la Organización Terpel de las mismas, que fue dicha compañía la que le dio la orden a FGH SAS de no continuar con la negociación. (Testimonios rendido por la Sra. Sylvia Escobar, -pág. 15- y José Carlos Barreto -pág. 15) Y debe poner de presente que en el correo que acaba de transcribirse se habló de la venta de capacidad ociosa, por lo cual hay que recordar que el objeto de la oferta

presentada por FGH SAS el 20 de agosto de 2012 fue el de ofrecer "EL SERVICIO de intermediación para la venta de capacidad de transporte de gas, (en adelante "EL SERVICIO"), a cambio del pago de la suma fijada en la cláusula séptima de esta oferta". (Folio 21). Esa oferta no estaba limitada en términos de cuál sería la capacidad ociosa cuya colocación se intermediaría, por lo que podía abarcar no sólo el tramo Cusiana- Cali, sino también el tramo Ballenas- Sebastopol. La limitación que aparece en la orden de compra expedida por Terpel, donde sólo se menciona el primero de esos tramos, no tiene efecto alguno teniendo en cuenta que, como ya lo ha reiterado varias veces el Tribunal, la convocada aceptó la oferta presentada por FGH SAS el 20 de agosto de 2012 de manera tácita y en los términos en ella consignados.

De lo probado se infiere que Terpel decidió la terminación anticipada y unilateral de contrato, antes de que expirara el término contractual de seis meses pactado para que FGH SAS prestara su servicios, y sin que existiera derecho contractual para tomar esa decisión. Y como para el efecto, de acuerdo con el principio de la normatividad de los contratos consagrado en la regla general del artículo 1602 del C.C., entre las partes se ha debido convenir lo pertinente, ha de prosperar la pretensión primera de la demanda y parcialmente la cuarta en lo relativo a la declaración acerca de la terminación intempestiva del contrato que se encontraba en ejecución; pero dado que en función de la negociación a que se alude con EPM, la convocada no acreditó que la terminación del contrato le acarrearía algún perjuicio indemnizable, dicha pretensión no prospera respecto de las condenas consecuenciales pedidas en la pretensión cuarta ni respecto de la contemplada en la pretensión sexta y así se declarará en la parte resolutive de este laudo.

XI. LAS EXCEPCIONES FORMULADAS POR LA PARTE CONVOCADA

El Tribunal, con base en lo expuesto, se pronunciará a continuación respecto de las excepciones contenidas en la contestación de la demanda, siguiendo el orden en que las excepciones fueron planteadas.

Las excepciones numeradas como 1, 1.4 y 1.5 prosperan, toda vez que FGH SAS no llevó a cabo una intermediación para la venta de capacidad ociosa de transporte de gas, que era el objeto de la oferta que formuló el 20 de agosto y que fue aceptada

¹¹⁸ Folio 34 del C. de Pruebas No. 1.

por la convocada, con lo cual tampoco podía generarse la comisión prevista en la oferta respecto de la gestión que finalmente se realizó.

La excepción identificada con el número 1.1 no prospera por cuanto la oferta del 20 de agosto de 2012 fue aceptada tácitamente con anterioridad a la orden de compra No. 4800061682 expedida por la convocada.

La excepción identificada con el número 1.2 no prospera toda vez que no se acreditaron los límites de las facultades del señor José Carlos Barreto como representante legal de Gazel ni de Terpel al tiempo de las tratativas y de la aceptación tácita de la oferta del 20 de agosto de 2012.

La afirmación identificada con el número 1.3 no constituye un planteamiento exceptivo, por lo que no ha de prosperar.

La excepción identificada con el número 2 prospera en cuanto ante este Tribunal no se acreditó que hasta el momento de la terminación del contrato, y con la intermediación de FGH SAS, se hubiera materializado algún tipo de negocio jurídico que versara sobre la capacidad ociosa de transporte de Terpel en relación con el tramo Ballenas – Sebastopol.

La excepción identificada con el número 3 no prospera dado que el Tribunal declarará la prosperidad de la pretensión primera de la demanda, en virtud de la terminación unilateral e intempestiva del contrato.

X. OBJECCIÓN AL JURAMENTO ESTIMATORIO

Corresponde ahora al Tribunal definir lo relativo a la aplicación del artículo 206 del CGP, disposición que establece el deber de la parte demandante de estimar razonadamente el monto de la indemnización que pretende obtener y a su vez consagra las sanciones que acarrea la disparidad entre el monto estimado y aquel que resulte probado dentro del proceso.

En efecto, el inciso 4 del artículo 206 del CGP establece lo siguiente:

"Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) la que resulte probada, se condenará a quien la hizo pagar a la otra parte una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia".

Al respecto encuentra el Tribunal que, aun cuando en el presente caso no han prosperado las pretensiones de la demandante, no por ello su conducta se encuadra en los supuestos de hecho de la norma en estudio.

A juicio del Tribunal, la sanción prevista en la ley está ligada ineludiblemente a la conducta de las partes pues lo que pretende la norma no es imponer un régimen automático y de responsabilidad objetiva en el que el simple error en la estimación de lugar a una sanción. Por el contrario, lo que ha previsto el legislador, es imponer un castigo a todo aquel que, a sabiendas, se vale del juramento estimatorio para usarlo como medio de prueba fraudulento actuando con temeridad en detrimento de su contraparte y quebrantando con ello los deberes de lealtad y buena fe que se exigen a las partes y a sus apoderados.

Por lo anterior, no sería acorde a derecho imponer una sanción a una parte que actuando dentro del margen de la razonabilidad, falla en el cálculo de sus pretensiones por simples motivos de interpretación. No puede olvidarse que es inherente a todo litigio el que cada parte tenga una interpretación diferente sobre unos mismos hechos, sin que por ello se pueda suponer que la defensa de una posición constituya una actuación temeraria.

Adicionalmente, vale la pena destacar que otra forma de establecer si la estimación del demandante es ilegal e injusta es a través de la objeción que presenta la contraparte, la cual debe ir acompañada del sustento probatorio suficiente para demostrar la mala conducta del demandante.

En este caso, la objeción del juramento no se acompañó de ninguna prueba ni de la solicitud de éstas, pues el demandado se limitó a afirmar que se trataba de un perjuicio hipotético y eventual.

Por su parte, encuentra el Tribunal, que el juramento estimatorio presentado por la demandante no contiene errores exorbitantes de los que se pudiera deducir colusión o mala fe, y consistió simplemente en una incorrecta pero razonable interpretación del alcance de las cláusulas del contrato objeto del presente litigio.

Por lo expuesto, el Tribunal se abstendrá de aplicar las sanciones consagradas en el artículo 206 del CGP.

CAPITULO QUINTO

COSTAS Y GASTOS DEL PROCESO

Las costas están constituidas tanto por las expensas, esto es, por los gastos judiciales en que incurren las partes por la tramitación del proceso, como por las agencias en derecho, definidas como "los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso."¹¹⁹

En materia de costas la cláusula compromisoria que da lugar al presente trámite arbitral establece que "*Los honorarios y expensas asociados con el arbitramento serán pagados por la parte que no fuere favorecida*".

Entendido lo anterior, teniendo en cuenta que en el presente caso tan solo prosperan las pretensiones primera de la demanda y parcialmente la cuarta, cotejando el importe de los beneficios procesales obtenidos por cada una de las partes, al igual que el sentido general de la decisión del litigio contenida en el presente Laudo, de conformidad con lo previsto en el artículo 392, numeral sexto del C. de P.C., es del caso condenar a la parte convocante a asumir el ochenta por ciento (80%) de las expensas procesales de conformidad con la siguiente liquidación, en la cual se incluirá la suma de \$100.000.000 como agencias en derecho, (estas últimas determinadas de acuerdo con los parámetros establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos 1887 y 2222 de 2003).

De acuerdo con lo anterior, la liquidación para la condena en costas es la siguiente:

I. GASTOS DEL TRÁMITE ARBITRAL

1. Honorarios del Árbitro Único, la Secretaria y Gastos del Trámite arbitral.¹²⁰

¹¹⁹ Acuerdo 1887 de 2003 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

¹²⁰ Acta No. 4, Auto No. 7, folio 114 del C. Principal No. 2.

Honorarios del Árbitro Único	\$139'733.000
IVA 16%	\$ 22'357.280
Honorarios de la Secretaria	\$ 69'866.000
IVA 16%	\$ 11'178.560
Gastos de Funcionamiento y Administración	
Cámara de Comercio de Bogotá	\$ 46'578.000
IVA 16%	\$ 7'452.480
Otros gastos	\$ 5'000.000
TOTAL	\$302'165.320

Teniendo en cuenta que cada parte asumió el cincuenta por ciento (50%) de lo que le correspondía y que el ochenta por ciento (80%) debe ser asumido por la parte convocante, para dar cumplimiento a tal decisión se condenará a FGH SAS a pagar en favor Organización Terpel S.A. el treinta por ciento (30%) de la suma indicada, es decir noventa millones seiscientos cuarenta y nueve mil quinientos noventa y seis pesos (\$90'649.596).

2. Honorarios del perito Raúl Wexler Pulido Téllez¹²¹

Honorarios	\$ 6'000.000
IVA 16%	\$ 960.000
TOTAL	\$ 6'960.000

El monto fijado por concepto de los honorarios del perito fue pagado en su totalidad por la parte convocante. Así las cosas, dado que la parte convocada debe asumir el veinte por ciento (20%) de este rubro, para dar cumplimiento a tal decisión se condenará a Organización Terpel S.A. a pagar en favor de FGH SAS la suma de un millón trescientos noventa y dos mil pesos (\$1'392.000). Este monto se compensa con las sumas a cargo de la parte convocante.

II. AGENCIAS EN DERECHO

Para efectos del pago de agencias en derecho se aplicarán los mismos porcentajes ya fijados por el Tribunal, es decir, ochenta por ciento (80%) a cargo de la parte convocante. En consecuencia se condenará a FGH SAS a pagar en favor Organización Terpel S.A. por este concepto, la suma de ochenta millones de pesos (\$80'000.000).

III. TOTAL COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

En consecuencia de lo anterior, FGH SAS deberá pagarle a Organización Terpel S.A. por concepto de costas y agencias en derecho, la suma total de ciento setenta millones seiscientos cuarenta y nueve mil quinientos noventa y seis pesos (\$170'649.596).

CAPITULO SEXTO

PARTE RESOLUTIVA

Por las consideraciones anteriores, el Tribunal de Arbitramento, administrando justicia por habilitación de las partes, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo, declarar que Organización Terpel S.A., de manera unilateral y abrupta, dio terminación al contrato celebrado con FGH SAS el día 20 de agosto de 2012, con lo cual prospera la pretensión primera de la demanda.

Segundo. Por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo, declarar que la sociedad FGH SAS se encontraba ejecutando el contrato suscrito con Organización Terpel S.A. para el momento en el que intempestivamente ésta última resolvió darlo

¹²¹ Acta No. 8, Auto No. 11, Folio 183 del C. Principal No. 2.

por terminado, con lo cual prospera parcialmente la pretensión cuarta de la demanda.

Tercero. Por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo, declarar que FGH SAS no llevó a cabo una intermediación para la venta de capacidad ociosa de transporte de gas, que era el objeto de la oferta que formuló el 20 de agosto de 2012 y que fue aceptada por la convocada, con lo cual tampoco podía generarse la comisión prevista en la oferta respecto de la gestión que finalmente se realizó. Con lo anterior prosperan las excepciones planteadas en la contestación de la demanda numeradas como 1, 1.4 y 1.5.

Cuarto. Por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo prospera la excepción identificada con el número 2 en cuanto ante este Tribunal no se acreditó que hasta el momento de la terminación del contrato, y con la intermediación de FGH SAS, se hubiera materializado algún tipo de negocio jurídico amparado por el contrato surgido de la aceptación de la oferta del 20 de agosto de 2012, que versara sobre la capacidad ociosa de transporte de Terpel en relación con el tramo Ballenas – Sebastopol.

Quinto. Por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo, denegar las pretensiones segunda, tercera, cuarta parcialmente - en lo referente a la imposición de condenas-, quinta y sexta de la demanda.

Sexto. Denegar las demás excepciones planteadas en la contestación de la demanda.

Séptimo. Condenar a FGH SAS al pago, en favor de Organización Terpel S.A., de la suma de ciento ciento setenta millones seiscientos cuarenta y nueve mil quinientos noventa y seis pesos (\$170'649.596) por concepto de costas y agencias en derecho, de acuerdo con la liquidación contenida en la parte motiva de este Laudo, y de conformidad con lo establecido en los literales d. y e. de la Cláusula décima cuarta del contrato celebrado por las partes partir de la aceptación de la oferta de 20 de agosto de 2012.

Octavo. Ordenar que se rinda por el Árbitro Único la cuenta razonada a las partes de lo depositado para gastos y que se proceda a devolver las sumas no utilizadas de dicha partida, si a ello hubiere lugar según la liquidación final de gastos.

Vs.

Organización Terpel S.A.

Noveno. Expídanse copias auténticas del presente Laudo con destino a cada una de las partes, con las constancias de ley (Artículo 115, numeral 2 del C. de P.C.).

Décimo. Disponer que en firme esta providencia, el expediente se entregue para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (Art. 47 de la Ley 1563 de 2012).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JORGE PINZÓN SÁNCHEZ
Árbitro Único


GABRIELA MONROY TORRES
Secretaria

INDICE

<u>CAPITULO PRIMERO</u>	1
<u>ANTECEDENTES</u>	
I. PARTES Y REPRESENTANTES	1
II. EL PACTO ARBITRAL	2
III. CONVOCATORIA DEL TRIBUNAL Y ETAPA INTRODUCTORIA DEL PROCESO	3
IV. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE, ETAPA PROBATORIA Y ALEGACIONES FINALES	6
4.1 Etapa probatoria	6
4.1.1. Pruebas Documentales	6
4.1.2. Testimonios y declaraciones de parte	6
4.1.3. Inspección judicial	7
4.1.4. Dictamen Pericial	7
4.2. Alegatos de conclusión	8
V. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO	8
<u>CAPITULO SEGUNDO</u>	9
<u>LA CONTROVERSIA</u>	
I. LA DEMANDA, SU CONTESTACIÓN Y EXCEPCIONES	9
1.1. Pretensiones	9
1.2. Hechos	11
1.3. Contestación de la demanda por parte de Organización Terpel S.A. y formulación de excepciones	22

Vs.

Organización Terpel S.A.

<u>CAPITULO TERCERO</u>	
<u>PRESUPUESTOS PROCESALES</u>	23
 <u>CAPÍTULO CUARTO</u>	
<u>CONSIDERACIONES</u>	22
II. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN	24
II. ORIGEN DE LA OFERTA	27
III. LA OFERTA DEL 8 DE AGOSTO	28
IV. LA OFERTA DEL 20 DE AGOSTO	37
V. LA ACEPTACIÓN DE LA OFERTA	58
VI. LA VINCULACIÓN CONTRACTUAL CON FGH SAS Y LA ACTUACIÓN DE LOS FUNCIONARIOS DE LA DESTINATARIA DE LA OFERTA	72
VII. LA ORDEN DE COMPRA DE TERPEL	80
VIII. EL OBJETO DEL CONTRATO PERFECCIONADO CON LA ACEPTACIÓN TÁCITA DE LA OFERTA, LA REMUNERACIÓN ESTIPULADA EN ELLA Y LA OPERACIÓN CON GDO	89
IX. LA REMUNERACIÓN A FAVOR DE FGH SAS PREVISTA EN EL CONTRATO Y EL NEGOCIO CELEBRADO ENTRE GDO Y TERPEL	115
X. LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO	125
XI. LAS EXCEPCIONES FORMULADAS POR LA PARTE CONVOCADA	133
X. OBJECIÓN AL JURAMENTO ESTIMATORIO	134

<u>CAPITULO QUINTO</u>	136
<u>COSTAS Y GASTOS DEL PROCESO</u>	
I. GASTOS DEL TRÁMITE ARBITRAL	136
II. AGENCIAS EN DERECHO	138
III. TOTAL COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO	138
<u>CAPITULO SEXTO</u>	
<u>PARTE RESOLUTIVA</u>	138